



Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

Tédney Moreira da Silva

**No banco dos réus, um índio:
Criminalização de indígenas no Brasil**

Brasília, 2015.



Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

Tédney Moreira da Silva

**No banco dos réus, um índio:
Criminalização de indígenas no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como condição para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Dr^a. Ela Wiecko V. de Castilho

Brasília, 2015.

BANCA EXAMINADORA

ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Orientadora

BEATRIZ VARGAS RAMOS GONÇALVES DE REZENDE

Avaliadora

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO

Avaliador

GUILHERME SCOTTI RODRIGUES

Avaliador

RESUMO

Esta dissertação estuda o tratamento jurídico-penal dos povos indígenas no Brasil, considerando que o direito penal é o instrumento de que se vale o Estado com frequência para resolver seus problemas sociais, o que não poderia excepcionar aqueles em que a diversidade humana – em suas esferas econômica, social, cultural e política – se apresenta como óbice ao projeto desenvolvimentista que se pretende implementar.

Além disso, a criminalização dos povos indígenas possibilita, uma vez mais, a concretização do ideal integracionista ainda vigente na legislação indigenista ordinária, a partir do princípio de igualdade, com aplicação no direito penal. O Estado civiliza os indígenas nivelando-os por baixo, por meio da repressão do direito penal, único lugar em que são considerados capazes e integrados, como outros sujeitos de direitos. A criminalização dos indígenas se insere num contexto secular de formação da nação brasileira, por meio do sufocamento da alteridade.

Palavras-chave:

Povos Indígenas – Criminalização – Indigenismo – Direito penal indígena – Etnocídio.

SUMMARY

This essay looks into the legal-criminal treatment of indigenous peoples in Brazil, considering that the criminal law is an instrument to which the State frequently resorts to settle social issues including those in which the human diversity – within economic, social, cultural and political spheres – constitutes a hindrance to the development project that is intended to be implemented.

Furthermore, the criminalization of indigenous peoples enables once again the concretization of the integration ideal still effective in the indigenous common laws, which is based on the principal of equality, with the application of the criminal law. The State civilizes the indigenous peoples leveling them down by means of the repression in the criminal law, the sole place in which they are considered capable and integrated, just as other subjects entitled to rights. The criminalization of indigenous peoples is within a secular context of the formation of the Brazilian people by means of suffocation of the alterity.

Key words:

Indigenous Peoples – Criminalization – Indigenousness – Indigenous Criminal Law – Ethnocide.

Em memória de meu pai.

Em homenagem aos líderes indígenas e, em especial, a Rosivaldo Ferreira da Silva (Cacique Babau).

ABREVIATURAS

AgEx.	Recurso criminal de agravo em execução
Ap.	Recurso criminal de apelação
C107, da OIT	Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes
C169, da OIT	Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais
CC	Incidente processual de conflito de competência
CF	Constituição Federal
CNBB	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
Depen	Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça
Des.	Incidente de Desaforamento
Funai	Fundação Nacional do Índio
HC	<i>Habeas corpus</i>
Infopen	Sistema de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça
ISA	Instituto Socioambiental
RESE	Recurso em sentido estrito
Rev.	Ação de revisão criminal
Rex.Of.	Recurso criminal de ofício (Recurso <i>ex officio</i>)
SDH	Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
SPI	Serviço de Proteção ao Índio
SPILTN	Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJAC	Tribunal de Justiça do Estado do Acre
TJAL	Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas

TJAP	Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
TJAM	Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TJDFT	Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios
TJES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJGO	Tribunal de Justiça do Estado do Goiás
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
TJMS	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPA	Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TJPB	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TJPI	Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRN	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJRO	Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
TJRR	Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJSE	Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
TJTO	Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região

ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1

Total de presos declarados indígenas por semestre (Fonte: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen. Disponível em: <http://www.infopen.gov.br>. Consulta 20.mar.2015).

Imagem 1

Antônio Vicente Guarani [1921?] (Fonte: Horta Barbosa, Luiz Bueno. Pelo índio e pela sua proteção oficial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. s/n).

Imagem 2

Certificado da Escola de Aprendizes Artífices do Estado do Paraná, do Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio, para o officio de selleiro-tapeceiro, concedido a Antônio Vicente Guarani aos 29 de novembro de 1921(Fonte: Horta Barbosa, Luiz Bueno. Pelo índio e pela sua proteção oficial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. s/n).

Imagem 3

Escola do Pôsto de Proteção Rodolfo Miranda, no rio Jamari, Mato Grosso [1923?] (Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. Pelo índio e pela sua proteção oficial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. s/n).

Imagem 4

Microfilme 235_01786: *Declaração de Atayde Pereira dos Santos à 6ª Inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios* [1963] (Fonte: Acervo do Museu do Índio).

Imagem 5

Carta dos indígenas Tenharim ao Ministro da Justiça (Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014).

Imagem 6

Ofício do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Eirunepé/AM (Fonte: Acervo do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014).

Tabela 1

Total de presos declarados indígenas por semestre (Fonte: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen. Disponível em: <http://www.infopen.gov.br>. Consulta 20.mar.2015).

Tabela 2

Peças processuais analisadas – Tribunais de Justiça da Região Norte (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região norte).

Tabela 3

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Tribunais de Justiça da Região Norte (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região norte).

Tabela 4

Peças processuais analisadas – Tribunais de Justiça da Região Nordeste (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região nordeste).

Tabela 5

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Tribunais de Justiça da Região Nordeste (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região nordeste).

Tabela 6

Peças processuais analisadas – Tribunais de Justiça da Região Centro-Oeste (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região centro-oeste).

Tabela 7

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Tribunais de Justiça da Região Centro-Oeste (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região centro-oeste).

Tabela 8

Peças processuais analisadas – Tribunais de Justiça da Região Sudeste (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região sudeste).

Tabela 9

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Tribunais de Justiça da Região Sudeste (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região sudeste).

Tabela 10

Peças processuais analisadas – Tribunais de Justiça da Região Sul (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região sul).

Tabela 11

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Tribunais de Justiça da Região Sul (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais de justiça da região sul).

Tabela 12

Peças processuais analisadas – Tribunais Regionais Federais (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais regionais federais).

Tabela 13

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Tribunais Regionais Federais (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência dos tribunais regionais federais).

Tabela 14

Peças processuais analisadas – Superior Tribunal de Justiça (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

Tabela 15

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Superior Tribunal de Justiça (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

Tabela 16

Peças processuais analisadas – Supremo Tribunal Federal (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

Tabela 17

Pleitos defensivos mencionados nos julgados – Supremo Tribunal Federal (Fonte: Acervo eletrônico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

SUMÁRIO

Introdução	15
Epígrafe	19
Capítulo I – Brasil indígena	
1.1 O índio não existe	20
1.2 A formação da brasilidade pelo etnocentrismo, etnocídio e genocídio	25
1.3 O último índio na profecia integracionista	37
1.4 A <i>penalidade civilizatória</i> : hipótese de trabalho	45
Capítulo II – O Direito Penal (e o) Indígena	
2.1 Direito penal indígena	53
2.2 Direito penal para indígenas	67
2.2.1 Punir para corrigir: o atavismo dos indígenas na criminologia etiológica	71
2.2.2 Tratamento penal de indígenas pela legislação brasileira	81
2.3 Considerações doutrinárias acerca da culpabilidade de indígenas	91
Capítulo III – A penalidade civilizatória de indígenas	
3.1 Metodologia aplicada na análise da jurisprudência criminal	102
3.2 Jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal	106
3.2.1 Região Norte	108
3.2.2 Região Nordeste	115
3.2.3 Região Centro-Oeste	120
3.2.4 Região Sudeste	133
3.2.5 Região Sul	136
3.3 Jurisprudência dos tribunais regionais federais	146
3.3.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região	147
3.3.2 Tribunal Regional Federal da 2ª Região	149
3.3.3 Tribunal Regional Federal da 3ª Região	149
3.3.4 Tribunal Regional Federal da 4ª Região	151

3.3.5 Tribunal Regional Federal da 5ª Região	152
3.4 Jurisprudência do STJ e STF	154
3.4.1 Superior Tribunal de Justiça	154
3.4.2 Supremo Tribunal Federal	159

Capítulo IV – Indígenas (quase) brasileiros

4.1 Criminalização de lideranças indígenas	164
4.1.1 Indígenas Tenharim, em Humaitá/AM	170
4.1.2 Indígenas Kaingang, em Faxinalzinho/RS	173
4.1.3 Indígenas Tupinambá de Olivença, na região sul da Bahia	176
4.1.4 Indígenas Terena, em Sidrolândia/MS	179
4.1.5 Indígenas Xukuru, em Serra de Ororubá/PE	181
4.2 A situação prisional dos indígenas brasileiros	183
4.3 A resistência	189

Conclusão	193
------------------------	-----

Referências	203
--------------------------	-----

Anexos	218
1. Formulário para pesquisa jurisprudencial	219
2. Análise de jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais	220
3. Análise de jurisprudência dos tribunais regionais federais	227
4. Análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ	229
5. Análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF	231
6. Declaração de Atayde Pereira dos Santos à 6ª Inspeção do SPI	233
7. Carta dos indígenas Tenharim ao Ministro da Justiça	234
8. Ofício do juiz de direito da vara única da comarca de Eirunepé/AM ...	238

INTRODUÇÃO

O direito penal, de cariz seletivo, repressivo e estigmatizante, é o instrumento de que se vale o Estado, com frequência, como primeira medida, para resolver os problemas sociais que afetam a ordem econômico-social hegemônica, em detrimento de outras funções de controle social. Ao mesmo tempo, é o mecanismo conformador de suas finalidades e orientação política, quando se faz exercer sobre indivíduos criminalizados. Não raros são os discursos de agentes públicos e políticos pelo endurecimento de penas e supressão de direitos subjetivos de investigados, acusados e condenados, como resposta à sociedade da eficaz proteção que o poder punitivo representa na repressão de condutas, em tese, lesivas por si à ordem e paz sociais.

De última razão o direito penal passa à primeira, sob a pretensa economicidade de sua atuação e determinado pela característica central da principal das penas (a privativa de liberdade), que é a suspensão no tempo (pela duração) e no espaço (pela segregação) do conflito que, desta maneira, jamais é reparado ou resolvido.

A suspensão do conflito nada mais faz do que postergar sua resolução e, nestas circunstâncias, a criminalização (em todas as suas fases) constitui-se numa estratégia política e jurídica de contenção de crises sistêmicas manifestas nas ordens social, econômica, cultural e política. O poder de punir do Estado, considerado por muitos autores como direito subjetivo seu, é, em última instância, o exercício de um poder contrário a toda contestação que se lhe faça, independentemente das fissuras que sua estrutura apresenta.

Nas questões jurídicas em que os indígenas e seus povos estejam presentes não poderia ser outra a atuação do direito penal, teorizado e aplicado. Se a unicidade de ordenamento jurídico, a centralização do poder político e o respeito à dignidade da pessoa humana são elementos indissolúveis da natureza estatal na contemporaneidade, resolver conflitos nos quais os indígenas se envolvam só se pode dar de maneira simbólica – e, logo, ineficaz – pois o contrário redundaria no revolver injustiças irreparadas e latentes desde sua formação. Seja pelos escassos debates dogmáticos, seja pela ignorância de sua aplicação, o direito penal *para* indígenas representa a lógica de

se sustarem conflitos enraizados no próprio ato de constituição do Estado, de supedâneos etnocêntrico, etnocida e genocida.

Eis nosso objeto de estudo. Pretendemos demonstrar que a criminalização de indígenas, conforme os arcabouços teórico, legislativo e jurisprudencial predominantes na atualidade, constitui-se numa tática política de neutralização ou supressão da diversidade étnica existente, considerada elemento de resistência ou de oposição à ordem econômico-social hegemônica. Comunica-se, por meio da aplicação da pena, que a integração dos indígenas à dita “sociedade nacional” completou-se, com o consequente desaparecimento destes sujeitos de direitos, sem aprofundamento quanto à culpabilidade dos indígenas criminalizados ou questionamentos acerca das funções da pena e diferenças culturais existentes.

Entendemos que o ideal integracionista da legislação especial sobre indígenas (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – denominada “Estatuto do Índio”), para além de cumprir a justificação do regime tutelar de Estado cumpre uma função política de controle social da alteridade indígena – razão pela qual se manteve nos discursos jurídico-penais, velada ou abertamente, apesar de ter sido superado pelo texto constitucional e por tratado internacional de direitos humanos, ratificado e promulgado pelo País, sobre a temática.

Tendo por pressuposto teórico a criminologia crítica, com especial relevo à criminologia liberacionista desenvolvida para análise da realidade latinoamericana, propomo-nos o estudo da criminalização de indígenas produzida pelas agências policiais, judiciais e de reprodução ideológica (doutrina jurídica), nos percalços das razões que levam ao reforço do ideal integracionista e à ignorância quanto à diversidade étnica daqueles sujeitos de direitos, estigmatizando-os.

Esta dissertação estuda, portanto, como o direito penal é pensado e exercido para concretização do silêncio, isto é, para promoção da supressão discursiva de sujeitos de direitos e seus embates, sem aprofundamento capaz de abalar a própria estrutura do Estado. Busca responder por que a solução de tais conflitos é adiável e quais os objetivos, também silentes, desta orientação político-jurídica.

Está a dissertação dividida em quatro capítulos.

O capítulo I (“Brasil Indígena”) aborda os processos de construção das identidades sociais de indígenas e não indígenas, pela oposição conflituosa de uns aos outros, e que conduziram, por vezes, à estigmatização daqueles, considerados como “atrasados” e “selvagens”. Estuda como este paradigma etiológico marcou a legislação

indigenista ainda vigente, determinando o regime tutelar e o ideal de integração (assimilação) dos indígenas à “sociedade nacional” (sociedade de Estado ou não indígena), expondo, assim, o caráter etnocêntrico, etnocida e genocida de toda formação estatal, voltada que está para a adoção de estratégias de unificação das diferenças culturais. Nele, por fim, elaboramos nossa hipótese de trabalho (*penalidade civilizatória*), segundo a qual a criminalização de indígenas, tal qual promovida pelas agências doutrinárias, judiciais e policiais contemporâneas, corresponde a uma tática política de neutralização ou supressão da diversidade étnica, sem que haja fissura ao sistema penal ou abalo à ordem econômico-social predominante, por meio da comunicação de atualização no investigado ou acusado do ideal integracionista.

O capítulo II (“O direito penal (e o) indígena”) trata das reflexões sobre o denominado direito penal indígena, pretendendo-se desvelar com tal descrição os elementos de interpretação acerca do direito penal aplicado aos indígenas em nosso País, identificando-os, sempre, como sujeitos primitivos a quem cabe o instituto de tutela estatal. Debruçamo-nos, ainda, sobre os primeiros estudos criminológicos desenvolvidos sobre a “natureza” dos indígenas e como seus resultados influenciaram a elaboração da doutrina jurídica e legislação indigenistas do século XX, bem como a análise de sua culpabilidade, feita, majoritadamente, a partir do critério de inimputabilidade.

O capítulo III (“A penalidade civilizatória de indígenas”) aborda os resultados de pesquisa jurisprudencial por nós realizada sobre o tratamento jurídico-penal de indígenas efetuado pelos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal, pelos tribunais regionais federais, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ e pelo Supremo Tribunal Federal – STF, por meio de consulta ao seu acervo, disponibilizado, virtualmente, na rede mundial de computadores. Seu objetivo é desvelar a interpretação judicial predominante, bem como seu embasamento ideológico e doutrinário, sobre quais seriam as características individuais e sociais que denotariam a diversidade étnica do investigado, acusado ou condenado, para o reconhecimento ou declaração de seus direitos *sui generis*, expondo-se, deste modo, o viés racista no ato de atribuição judicial da identidade indígena.

O capítulo IV (“Indígenas (quase) brasileiros”) promove o estudo de casos em que a criminalização de líderes indígenas correspondeu ao sufocamento de demandas por direitos originários de seus povos, notoriamente relacionados ao reconhecimento de terras indígenas, pretendendo-se indicar como serve a criminalização à supressão ou

neutralização de agentes contrários à manutenção da realidade que os oprime. Trata, ainda, da situação prisional de indígenas no País, segundo dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça, e os desafios postos à execução de suas penas.

Para elaboração deste trabalho, além do estudo da jurisprudência mencionado, privilegiou-se a consulta à bibliografia criminológica e dogmática do direito penal (passada e presente), detendo-se sobre os posicionamentos quanto às questões indígenas. Foi realizado, ainda, o estudo de textos legais aplicáveis ao tratamento jurídico-penal destes sujeitos, principalmente daqueles incidentes no curso do século XX (de origem republicana), trazendo-os ao corpo da dissertação sempre que necessário, mantendo-se a grafia original.

Sobre os casos de criminalização de lideranças indígenas, tratados no Capítulo IV (“Indígenas (quase) brasileiros”), partiu-se, quando possível, de peças administrativas e processuais pertinentes, bem como de material produzido em jornais e revistas (com indicação das fontes ao final), agradecendo-se, desde logo, a contribuição afável e essencial do Secretariado Nacional do Conselho Indigenista Missionário e, em especial, de sua assessoria jurídica, representada pelo advogado Adelar Cupsinski.

Apenas pelo desvelamento do pensamento filosófico e pela compreensão antropológica da diversidade humana atuantes é que se pode empreender crítica aos construtos do sistema de justiça penal em andamento. Propusemo-nos, no entanto, a realizar um estudo eminentemente criminológico, buscando, deste modo, contribuir para a crítica do sistema penal vigente.

Meus irmãos, chegou a hora de nós levantarmos a voz pela sobrevivência da nossa gente, que antigamente foi um povo feliz, um povo despreocupado. Somos um povo que já teve pátria e que não tem mais pátria. Vivemos em terras invadidas, intrusadas. Nossas leis são feitas por pessoal lá de cima, que dizem que nós temos direitos. Nós temos direito no papel, mas onde está a realidade?

(Discurso de Marçal Guarani, abril de 1977. PREZIA, Benedito. *Marçal Guarani: a voz que não pode ser esquecida*. São Paulo: Expressão Popular, 2006. p. 49).

CAPÍTULO I

BRASIL INDÍGENA

1.1 O índio não existe

O encontro inicial entre invasores das terras americanas e povos indígenas foi marcado pelo estabelecimento de identidades sociais opostas: de um lado, a sociedade cristianizada, com poder político centralizado e hierarquizado, desenvolvendo um racionalismo científico e cultural, com economia mercantil em expansão e estamentos sociais predefinidos. De outro, uma multidão de “gentes” a definir¹.

Em 1500, Caminha viu “gente” em Vera Cruz. Falava-se então de homens e mulheres. O escambo povoou a terra de “brasis” e “brasileiros”. Os engenhos distinguiram o “gentio” insubmisso do “índio” e do “negro da terra” que trabalhavam. Os franceses que não conseguiram se firmar na terra, viram “selvagens”.

Pelo fim do século, estão consolidadas, na realidade, duas imagens de índios que só muito tenuamente se recobrem: a francesa que o exalta e a ibérica, que o deprecia. Uma imagem de viajante, outra de colono (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 200).

As conclusões sobre a identidade dos povos indígenas foram mutáveis à medida que novos olhares dela se aperceberam. Ainda que tenhamos partido de uma etnografia de gabinete para uma etnologia que é cada vez mais exigente em sua metodologia e resultados, fato é que o estabelecimento da identidade indígena pressupôs uma abstração e generalidade das quais ainda não se pode desprender totalmente².

¹ Afirmando que a trágica história de conquista da América ainda não se findou, Augusto Sánchez Sandoval aponta, como origem da “questão indígena”, o próprio contato inicial entre os povos. “*El problema se inicia en la conquista de América, con el choque de dos civilizaciones diversas, de dos culturas y dos conceptos diferentes sobre la vida y sobre las cosas*” (2000, p. 105).

² Já Carl Friedrich Philipp von Martius (1794-1868), botânico alemão que integrou missão científica enviada ao Brasil, concluiria que a classificação dos índios deu-se por vacilantes critérios do observador europeu: “Os índios que podiam compreender-se reciprocamente foram classificados como pertencentes a uma e mesma nação, si bem que de tribus ou hordas diversas. Mas é da propria natureza do assumpto que a simples opinião sobre o numero, a distribuição e o parentesco de taes grupos humanos, unidos pela mesma lingua ou por dialectos aparentados, nem antigamente nem hoje pode ser considerada definitiva ou admittida como uma verdade geral” ([1938?], p.21).

A definição de quem seja o índio torna-se extensível para singulares (e, pois, distintos) indivíduos e coletividades, segundo critérios eleitos pelo definidor como imprescindíveis para tal caracterização.

Para além de qualquer dúvida, porém, estudar o índio é (res)significar o estudioso, formulando-se nas ciências sociais anglo-saxônicas o conceito de etnicidade, com o objetivo de explicar os “(...) processos de atribuição categorial e de organização das relações sociais a partir de diferenças culturais presumidas essenciais” (POUTIGNAT e STREIFF-FERNART, 2011, p. 17) – conceito que foi constantemente reformulado para compreender a permanência de identidades étnicas diversas nos processos de interação social.

Duas são as hipóteses históricas que explicam a utilização do termo “índio” para se reportar à vastidão de gentes que cá viviam.

A primeira delas sugere a confusão que os navegadores aportados teriam feito entre o continente americano e a Índia, já conhecida e explorada. Considera que as terras americanas não foram invadidas, mas sim descobertas³ num desvio inadvertido na trajetória das navegações. Seus habitantes seriam, portanto, índios.

A segunda causa explicativa remete a utilização do termo aos padres católicos e jesuítas já instalados nas terras americanas: haveria uma crença de que missionários cristãos teriam habitado o continente entre os séculos VI e X, na tarefa de evangelização dos nativos da terra. Explicam-na semelhanças entre rituais sagrados cristãos e de alguns povos indígenas catequizados (como o batismo), bem como entre a fonética do nome da entidade divina Sumé ou Tumé (outras designações para Tupã) e São Tomé, que partira às Índias para divulgação do cristianismo. Daí que os nativos americanos seriam também índios. A fonte desta hipótese é a presença na narrativa dos colonizadores de que pela mata brasileira haveria uma longa estrada feita pelos indígenas, chamada de Peabiru (“O Caminho”), e que, segundo eles, fora aberta por Sumé, um “deus branco” (ABREU, 1987, p. 59).

Mas a generalização de povos inteiros e seus membros como índios não se deu apenas por uma nomenclatura. Antes, esta serviu apenas para categorizar sociedades

³ A utilização do termo “descoberta” para se referir à conquista das terras americanas por portugueses e espanhóis, em especial, é, antes de qualquer supedâneo ideológico, equivocada, uma vez que não se pode “descobrir” algo que não seja até então ignorado, desconhecido, e que, portanto, tenha por essência o próprio ineditismo. Se o continente americano já era habitado do extremo norte ao extremo sul, falar em “descobrimento” é referendar tão só a importância histórica que se dá aos conquistadores, em detrimento daquela dos seus habitantes originários. A América e suas terras não foram descobertas, mas invadidas, tomadas de seus moradores e exploradas economicamente, geralmente com a escravização de seus povos, tornando-se unidades de colonização e extensões de territórios no ultramar (JENNINGS, 1975).

que se distinguíam política, social, cultural e economicamente das sociedades dos exploradores europeus, estabelecendo um marco divisório entre a civilização, a barbárie e a selvageria – valendo-nos de termos posteriormente reunidos sob a teoria do evolucionismo social spenceriana, de pretensão científica⁴.

É a formulação arquetípica de quem seja o índio que exerce o papel primeiro de criação da identidade indígena, que, por sua vez, é criada conforme interesses políticos que se queiram assegurar.

A atribuição genérica de características fenotípicas, de práticas sociais estereotipadas ou de elementos definidores de uma natureza boa ou má dos indígenas é, em outros termos, o exercício de um poder dado pela própria capacidade de definir, opondo o definidor (sujeito cognoscente) do definido (objeto cognoscível) – poder que Aníbal Quijano (2000) identifica como a noção de raça, cuja origem é contemporânea à invasão do continente americano.

Afinal, por meio dela tornou-se possível a construção de identidades sociais marcadas por diferenças entre colonizadores e colonizados, outorgando legitimidade à dominação daqueles sobre estes e permitindo elaborações teóricas futuras que justificavam sua submissão. *“En otros términos, raza e identidad racial fueron establecidas como instrumentos de clasificación social básica de la población”* (idem, p. 246).

La formación de relaciones sociales fundadas en dicha idea, produjo en América identidades sociales históricamente nuevas: indios, negros y mestizos y redefinió otras. Así términos como español y portugués, más tarde europeo, que hasta entonces indicaban solamente procedencia geográfica o país de origen, desde entonces cobraron también, en referencia a las nuevas identidades, una connotación racial. Y en la medida en que las relaciones sociales que estaban configurándose eran relaciones de dominación, tales identidades fueron asociadas a las jerarquías, lugares y roles sociales correspondientes, como constitutivas de ellas y, en consecuencia, al patrón de dominación colonial que se imponía (...) (idem).

Por esta razão, “[a] política indígena é (...) uma elaboração ativa que permanentemente articula práticas sociais e cosmologias com situações específicas” (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 130), pois que se constitui em processo continuamente

⁴ Herbert Spencer (1820-1903), engenheiro ferroviário, transpôs à sociologia a teoria da seleção natural, de Charles Darwin (1809-1882) – daí porque o evolucionismo spenceriano ser também chamado de darwinismo social. Parte Spencer de uma concepção orgânica da sociedade e de sua evolução por meio da seleção de humanos bem dotados biologicamente. Seu discurso legitimava o neocolonialismo, pois que as raças mais evoluídas (europeias) teriam a missão de salvar a humanidade. É considerado um “racista otimista” em comparação a Arthur de Gobineau (1816-1882), diplomata francês que viveu dois anos no Brasil, que via com pessimismo a mestiçagem, vaticinando que esta levaria o povo brasileiro à extinção, por esterilidade (ZAFFARONI, 2012, p. 93-94).

marcado pela oposição dos indivíduos, bem como pela intensidade do contato interétnico estabelecido.

No relato dos cronistas seiscentistas, por exemplo, a diferenciação entre os indígenas com boas e más qualidades decorria de seu maior ou menor grau de proximidade com os portugueses (FAUSTO, 2008, p. 38), de sorte que

(...) os aimorés, que se destacaram pela eficiência militar e pela rebeldia, foram sempre apresentados de forma desfavorável. De acordo com os mesmos relatos, em geral, os índios viviam em casas, mas os aimorés viviam como animais na floresta. Os tupinambás comiam os inimigos por vingança; os aimorés, porque apreciavam carne humana. Quando a Coroa publicou a primeira lei em que se proibia a escravização dos índios (1570), só os aimorés foram especificamente excluídos da proibição (*idem*).

Embora sujeito a variações, o índio arquetípico é considerado universal (reportando-se a inumeráveis indivíduos e coletividades) e atemporal (pois que persiste a visão de remanência destes indivíduos e sociedades: os índios de hoje vivem como os antepassados).

Qualidades como bondade, ingenuidade, singeleza, economia solidária e integração à natureza, dentre outras, são positivamente atribuídas a todos os indígenas, em todos os tempos, e disputam a primazia de definição de quem seja o índio com negatividades que, paralelamente, também têm força nos discursos sustentados: maldade, maledicência, primitivismo, economia subsistente (entendida como precária) e selvageria, vez ou outra, são proferidas para determinar a natureza do índio. Além do abundante ou aquém do ínfimo, o índio arquetípico é o ser da desmedida.

Estas caracterizações têm reflexo nos discursos político-jurídicos que se pretendem efetivar historicamente: a inocência dos “gentios”, para os jesuítas, justificava sua catequização e proteção oficial pela Coroa portuguesa. A animosidade dos “bravios inimigos”, para os moradores, amparava as guerras justas. O conhecimento ímpar da terra dos “gentios de paz” explicava o reconhecimento pela Coroa de sua soberania, nos começos da colonização. A sagacidade e o embrutecimento dos “bugres” ou “negros da terra” possibilitavam, no Império, a expulsão e tomada de suas terras, com extermínios como tática. O romantismo de cunho nacionalista do século XIX requeria a proteção dos novos “órfãos” desgarrados do Estado. O positivismo filosófico e as denúncias internacionais de morticínios de povos inteiros ensejaram a tutela dos “silvícolas” pela recente República brasileira. O fortalecimento da democracia e a

concretização dos ideais republicanos exigem o respeito à diversidade étnica e cultural dos “indígenas”⁵.

Antropólogos, etnólogos, sociólogos, cientistas culturais, políticos e indigenistas chegam a diferentes definições, conforme o interesse de seu conhecimento ou sua intenção. Uma definição válida, uniforme, interdisciplinar, consensual e que seja capaz até mesmo de ultrapassar fronteiras, não parece ser possível (KAYSER, 2010, p. 36).

Como resultado de uma identidade social e historicamente construída segundo critérios racistas, o índio esteve sujeito a diversos tratamentos jurídicos no tempo: aliados ou inimigos, livres ou cativos, donos da terra ou invasores – à definição de sua essência uma definição de seu direito. Em outras palavras, categorizar quem é e quem não é indígena é reconhecer ou não a necessária incidência de uma tutela jurídica específica. A constante ressignificação do ser do índio está sujeita ao alvedrio das circunstâncias históricas e político-jurídicas dos seus definidores.

Pela abstração e generalidade de seus contornos, sempre alteráveis, é que se pode afirmar que o índio – se compreendido como espécie de uma identidade que é universal e atemporal e distinta de uma humanidade comum – nunca existiu. Trata-se de um signo racial que permite o exercício de um poder-saber determinado, seja para reconhecer direitos, seja para exigí-los, na medida em que a identidade indígena acaba sendo assumida pelos povos e indivíduos assim definidos, como pressuposto do contato interétnico, para fazerem valer sua existência digna.

Esta configuração não é desconhecida dos definidores. Segundo levantamento feito por Beatriz Perrone-Moisés, comuns e concorrentes no tempo foram as fontes normativas da Coroa portuguesa, por exemplo, que ora encaravam os indígenas como aliados, ora como inimigos, reconhecendo-se, pois, sua liberdade ou sua escravidão (*in* CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 117).

Entretanto, a continuidade na categorização de quem seja o índio – se não cientificamente sustentável – possibilita o seu controle e, logo, o exercício de um poder

⁵ Há, portanto, uma dificuldade linguística inerente às questões indígenas: a supressão de toda diversidade nominativa em prol de uma terminologia única. Cada povo indígena e cada um de seus membros não se enxergam como “indígenas” enquanto não confrontados com os “brancos” – o que é próprio das relações interétnicas, analisadas em seu dinamismo, segundo Fredrik Barth. Geralmente, as expressões são dadas pelo olhar etnocêntrico e discriminador do observador e estão marcadas pelo evolucionismo social. Feita a ressalva de que não será esta a orientação do estudo, utilizaremos o termo “indígena” para nos referirmos aos sujeitos de direitos cultural e socialmente diferenciados, que se reconhecem como tais, a partir das relações interétnicas, sobre os quais se exerce um poder-saber determinado e que são considerados elementos de resistência à planificação de um modelo político, econômico, social e cultural específico.

sobre sua destinação: dizer quem é índio é dizer quem não é índio, isto é, é dizer quem tem ou não direitos indígenas.

Se há índios, há direitos assegurados constitucionalmente: organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, nos termos da Constituição Federal de 1988. Se não há índios, o caminho está aberto para toda sorte de violações que, deste modo, nem serão encaradas, pois que inexitem os seus destinatários. Para rebaixar ou enaltecer, a identidade de índio precisa ser mantida, ainda que não haja consenso sobre ela.

Neste jogo de vaivém, com uma identidade estereotipada e estigmatizada, os indígenas participam dos benefícios e malefícios (mais dos malefícios) da vida social e econômica circundante, sem, contudo, serem considerados cidadãos. Tornam-se o que Darcy Ribeiro denominou de “índios genéricos”, frutos duma transfiguração étnica (1993, p. 441).

Para este antropólogo, a transfiguração étnica é o processo de formação e transformação de etnias indígenas na passagem de sua condição de isolamento à de integração à “sociedade nacional”, causado por fenômenos sociais de origem ecológica, biótica, tecnológica-cultural, socioeconômica e ideológica. Há uma mutação cultural e social dos indivíduos que têm o *ethos* redefinido, transformando-se de “índios-tribais” em “índios-genéricos”. Estes, por sua vez, não são considerados como civilizados e, ao mesmo tempo, afastam-se das vivências culturais passadas. Tornam-se indivíduos sem identidade social definida (RIBEIRO, 1993, p. 441).

Às margens de um denominado “processo civilizatório” a que são submetidos e distantes de seus próprios valores, por vezes perdidos, os “índios genéricos” ficam sujeitos aos discursos político-jurídicos que sobre eles se fazem e que lhes possibilita ou veda a continuação de sua existência física, social e cultural.

1.2 A formação da *brasilidade* pelo etnocentrismo, etnocídio e genocídio

Foi no curso do projeto civilizatório das terras brasileiras, então colonizadas, que os indígenas ver-se-iam inscritos, pela primeira vez, num processo de transfiguração de sua identidade étnica, cooptados a integrarem a nação que se queria criar.

A formação dos brasileiros, como descreve Darcy Ribeiro, caracterizou-se como um “moinho de gentes”, em que a tentativa frustrada de homogeneização das variadas matrizes que cá constituíram o povo (sendo as principais a indígena, a lusitana e a

africana) acabou por resultar na conservação de valores deculturados, fazendo dos “neobrasileiros” uma nova “romanidade”⁶.

Nesse sentido, o Brasil é a realização derradeira e penosa dessas gentes tupis, chegadas à costa atlântica um ou dois séculos antes dos portugueses, e que, desfeitas e transfiguradas, vieram dar no que somos: uns latinos tardios de além-mar, amorenados na fusão com brancos e com pretos, deculturados das tradições de suas matrizes ancestrais, mas carregando sobrevivências delas que ajudam a nos contrastar tanto com os lusitanos (RIBEIRO, 1997, p. 130).

Os esforços para a criação de uma nacionalidade brasileira não foram poucos, sendo consentâneos (principalmente no período monárquico) ao ideal de fortalecimento do Estado brasileiro, uma vez que nação e soberania constituiriam seus pilares.

A construção da nacionalidade brasileira possibilitaria o exercício do poder soberano num território já arduamente conquistado após o afastamento de ataques estrangeiros, no período colonial, e a supressão de movimentos populares separatistas, durante o Império. Isto porque nação, centralização e soberania de exercício do poder e a delimitação de um território eram, à luz do entendimento filosófico-político aplicado aos Estados Modernos, os signos distintivos do verdadeiro Estado.

Se para erigi-lo era necessário constituir uma nação homogênea, propostas para tal empreendimento foram apresentadas ao longo do período colonial, tendo sido dois os principais regramentos.

O primeiro deles proveio do Alvará de 4 de abril de 1755, pelo qual se declarava que os “vassalos do Reino” que se casassem com índias não ficariam com infâmia alguma, mas seriam preferidos nas terras em que se estabelecessem “[...] para aqueles lugares, e ocupações, que couberem na graduação das suas pessoas” (NIZZA DA SILVA, 1986, p. 225). Além disso, o “Directório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão”, de 3 de maio de 1757, aboliu a interferência jesuítica, proibiu a utilização do *nheengatu* (língua geral), definiu em que termos haveria a ocupação dos aldeamentos pelos “moradores” (assim chamados os colonizadores)⁷ e estipulava a

⁶ “É certo que a colonização do Brasil se fez como esforço persistente, teimoso, de implantar aqui uma europeidade adaptada nesses trópicos e encarnada nessas mestiçagens. Mas esbarrou, sempre, com a resistência birrenta da natureza e com os caprichos da história, que nos fez a nós mesmos, apesar daqueles desígnios, tal qual somos, tão opostos a branquitudes e civilidades, tão interiorizadamente deseuropeus como desíndios e desafros” (RIBEIRO, 1997, p. 70).

⁷ A colonização do Brasil vai de 1500 a 1822, com sua Independência e formação do Primeiro Reinado. Divide-se, normalmente, em três períodos distintos: o primeiro se inicia com a chegada de Cabral e vai até a formação do Governo Geral, em 1549, aproximadamente; o segundo, da instauração daquele Governo até fins do século XVIII, marcado pelos grandes ciclos econômicos de atividades agrícolas e mineradoras; o terceiro período estende-se de fins do século XVIII até a Independência, em 1822. Durante a Colônia, o Brasil foi regido pelas Ordenações Afonsinas (até 1514), pelas Ordenações

atribuição de sobrenomes portugueses aos indígenas, como estímulo às populações brancas pobres para a miscigenação. Para Ísis Kantor,

[n]a avaliação de Manuela Carneiro da Cunha, a lusitanização dos patronímicos serviria, 100 anos mais tarde, como pretexto à espoliação das terras atribuídas às sesmarias indígenas. Após a Lei de Terras, em 1850, as aldeias indígenas de Goiás, Ceará, Sergipe, Pernambuco e Rio de Janeiro foram declaradas extintas, sob alegação de ser sua população apenas mestiça (*in* KOERNER, 2006, p. 33-34).

Estes regramentos caracterizaram o período do pragmatismo pombalino⁸ que, segundo Gizlene Neder, representou um esforço do Estado lusitano de se fortalecer e modernizar, sem, contudo, alterar a estrutura hierarquizada da sociedade, acenando, de certo modo, para o ingresso do iluminismo em Portugal. “Implantou-se [em Portugal, no período pombalino] uma nova mentalidade na elite política, que, entretanto, não se generalizou; não permeou a sociedade como um todo” (2007, p. 110).

O Diretório pombalino só foi abolido por meio da Carta Régia de 12 de maio de 1798, declarando os indígenas como “vassalos livres”, o que ocasionou não apenas sua maior vulnerabilidade frente à retomada incontida das práticas de descimentos e guerras justas, empreendidas por colonos, como, também, o início de nova situação jurídica junto às autoridades públicas.

Segundo Ísis Kantor, “[o]s índios passavam a ser considerados como órfãos perante a lei, deixando de ser tutelados por diretores nomeados pelo governador para ser tutelados pelos ouvidores e juízes de paz” (*in* KOERNER, 2006, p. 36).

Posteriormente, este entendimento seria alterado. A Carta Régia, de 5 de novembro de 1808, permitia a qualquer morador o aprisionamento de indígenas por até quinze anos, destinando-os aos serviços que se quisessem – o que, depois, sofreria vedação, pela leitura do artigo 3º, da Lei de 27 de outubro de 1831, que desonerou da servidão todos os indígenas (NIZZA DA SILVA, 1986, p. 43).

A contribuição de Andrada e Silva, em seus “Apontamentos para civilização dos índios bravos do Império do Brasil”, dirigida à Assembleia Geral Constituinte do Império, constituída em 1823, apontava dificuldades que se deveriam superar para a

Manoelinas (até 1603) e pelas Ordenações Filipinas (até 1823 e, parcialmente, até 1917, com a revogação total pelo Código Civil de 1916). Além destas, uma série de leis específicas às necessidades da colônia foram elaboradas, sendo elas as Leis, os Alvarás, os Regimentos dos Governadores Gerais das capitâncias hereditárias e as Cartas Régias.

⁸ Sebastião José de Carvalho e Melo, ou Marquês de Pombal (1699-1782), foi Secretário de Estado do Reino de Portugal, ocupando este cargo após a morte do Rei Dom João V. Empreendeu, inspirado pelo Iluminismo, uma série de reformas objetivando a revitalização econômica de Portugal, então dependente do quanto produzido por suas colônias.

“domesticação” dos indígenas. Para ele, “(...) o homem primitivo não é bom, nem é mau naturalmente, é um mero autômato, cujas molas podem ser postas em ação pelo exemplo, educação e benefícios” (2005, p. 96).

Eis apenas alguns exemplos de atuação da Coroa e do Império na tentativa de constituir uma nação que fosse o supedâneo do Estado, partindo de uma população composta de diversas matrizes étnicas. Mas, “(...) o Estado pode proclamar-se detentor exclusivo do poder, quando as pessoas sobre as quais se exerce a autoridade (...) falam a mesma língua que ele. Esse processo de integração passa evidentemente pela supressão das diferenças” (CLASTRES, 2004, p. 88).

Portanto, o Estado surge como ente causador de desigualdades política, social, cultural e econômica entre os povos ao se propor a supressão de diferenças extremas e a aglutinação por valores comuns, ao mesmo tempo em que se impõe como fim de toda organização social.

Affonso Arinos de Mello Franco (1937) pretendeu demonstrar que houve grande influência dos indígenas sul-americanos, entre os séculos XVI e XVII, na elaboração das ideias centrais dos escritos filosófico-políticos de autores clássicos franceses, como Montaigne, nos “Ensaio”, e Jean-Jacques Rousseau, no “Contrato Social”. Segundo o autor, as sucessivas levadas migratórias de indígenas das terras brasileiras à Europa⁹ possibilitaram a formulação da teoria rousseauiana da “bondade natural”, que caracterizou o pensamento liberal setecentista e inspirou, ao fim, a Revolução Francesa. À teoria da “bondade natural” concorreu outra, hobbesiana, pela degeneração da natureza humana e necessidade de seu controle social coercitivo – concorrendo ambas, de todo modo e segundo o autor, para a autorização ou o freio à empreitada política de imposição do Estado (FRANCO, 1937, p. 28).

Às teorias contratualistas (em especial no pensamento hobbesiano), o Estado proviria da abdicação livre e consciente dos indivíduos de sua própria liberdade em prol do bem estar comum e da pacificação dos conflitos sociais. Transfere-se àquele ente a tarefa de, soberanamente, proteger seus jurisdicionados de si mesmos (pois que seriam

⁹ Evento notável foi a denominada “Festa Brasileira de Rouen”, ocorrida em 1550, na cidade de Normandia, que preparara a encenação sobre o *modus vivendi* dos indígenas para recepcionar o rei Henrique II e sua esposa, Catarina de Médicis. Indígenas brasileiros representavam tupinambás e tabajaras, num confronto simulado, sendo a *Festa* presenciada, também, por outras importantes autoridades europeias, como a rainha escocesa, Maria Stuart (FRANCO, 1937, p. 76).

lobos uns dos outros, num estado natural de selvageria)¹⁰, por meio da transferência também do poder de punir, detendo o Estado, exclusivamente, a coerção para tanto. Dada a complexidade inerente à sua organização, o Estado foi considerado uma etapa na evolução da natureza humana, na qual predominaria a vontade do mais forte.

Por esta razão, as sociedades indígenas foram categorizadas como primitivas, uma vez que, nelas, o poder não estava centralizado numa entidade ficcional (porém burocrática) alheia aos membros, nem estava dissociado do corpo social, mas, ao contrário, encontrava-se nele enraizado. A fórmula de viajantes dos séculos XVI e XVII sobre tais povos como sociedades “sem fé, sem lei e sem rei” é exemplar, pois que caracteriza as organizações sociais indígenas pela negação dos três principais elementos constitutivos dos Estados modernos europeus: a Igreja, a Lei e a Monarquia.

Essa definição é, no entanto, tão-somente etnocêntrica.

Entende-se por etnocentrismo a “(...) vocação de avaliar as diferenças pelo padrão da própria cultura”, o que “(...) aparece então como a coisa do mundo mais bem distribuída e, desse ponto de vista pelo menos, a cultura do Ocidente não se distingue das outras” (CLASTRES, 2004, p. 85-86). Como propriedade formal de toda cultura, entretanto, justifica-se sua ocorrência somente para padrões culturais – não científicos¹¹.

Embora o etnocentrismo seja uma propriedade formal de todas as culturas, para Pierre Clastres é apenas na cultura ocidental europeia que se opera uma vocação

¹⁰ “Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente a sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor o seu cumprimento, ele não é nulo. Pois aquele que cumpre primeiro não tem nenhuma garantia de que o outro também cumprirá depois, porque os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de algum poder coercitivo – coisa impossível de supor na condição de simples natureza, em que os homens são todos iguais, e juízes do acerto dos seus próprios temores. Portanto, aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se ao seu inimigo, contrariamente ao direito (que jamais pode abandonar) de defender a sua vida e os seus meios de sobrevivência” (HOBBS, 2008, p. 118-119).

¹¹ Eis a dificuldade de superação das ciências sociais de critérios que induzam à separação entre o primitivismo e a civilização. Como faces de uma mesma moeda, ambas as categorias são ínsitas ao pensamento filosófico-político desenvolvido até então, na esteira de paradigmas culturais. Di-lo o filósofo-antropólogo Pierre Clastres: “Talvez esteja aí a dificuldade da reflexão clássica sobre o poder: é impossível pensar o apolítico sem o político, o controle social imediato sem a mediação, em uma palavra, a sociedade sem o poder. O obstáculo epistemológico que a “politicologia” não soube até o momento ultrapassar, nós acreditamos tê-lo descoberto no etnocentrismo do pensamento ocidental, ele mesmo ligado a uma visão exótica das sociedades não ocidentais. Se nos obstinamos em refletir sobre o poder a partir da certeza de que a sua forma verdadeira se encontra realizada na nossa cultura, se persistimos em fazer dessa forma a medida de todas as outras, até mesmo o seu télos, então seguramente renunciamos à coerência do discurso, e deixamos a ciência degradar-se em opinião. A ciência do homem talvez não seja necessária. Mas desde que queiramos constituí-la e articular o discurso etnológico, então convém mostrarmos um pouco de respeito às culturas arcaicas e nos interrogarmos sobre a validade de categorias como aquelas de economia de subsistência ou de controle social imediato” (CLASTRES, 2003, p. 36).

etnocida e genocida, isto é, de supressão das diferenças culturais julgadas inferiores pelo olhar etnocêntrico, o que o autor identifica como uma redução “do múltiplo no Um”. Assim,

[o] Estado quer e se proclama o centro da sociedade, o todo do corpo social, o mestre absoluto dos diversos órgãos desse corpo. Descobre-se, assim, no núcleo mesmo da substância do Estado, a força atuante do Um, a vocação de recusa do múltiplo, o temor e o horror da diferença. Nesse nível formal em que nos situamos atualmente, constata-se que a prática etnocida e a máquina estatal funcionam da mesma maneira e produzem os mesmos efeitos: sob as espécies da civilização ocidental ou do Estado, revelam-se sempre a vontade de redução da diferença e da alteridade, o sentido e o gosto do idêntico e do Um (CLASTRES, 2004, p. 87).

Assim, o Estado tal qual estruturado é, além de etnocêntrico (pois que cinde as sociedades em atrasadas e evoluídas), etnocida, pois promove o expurgo da diferença como uma contraposição indesejável ao seu projeto maior que é o de sedimentar seu poder absoluto, soberano, numa única nação.

Caracterizar as sociedades indígenas como imersas num estado de natureza, entregues à selvageria e à barbárie, é caracterizá-las sob um viés filosófico-político que permite, uma vez mais, o seu controle e opressão pelo observador, que tentará “melhorá-las para a civilização”, impedindo a formação de uma “contracorrente” (CLASTRES, 2004, p. 201) ao modelo e pensamento tradicionais adotados.

Em suas obras de antropologia política, Clastres estuda a organização social dos povos indígenas sul-americanos para investigar a origem do poder político por eles exercido e que não se configura como coercitivo. A menção às lideranças indígenas como “chefes sem poder” enaltece o conceito etnocêntrico de poder político, na medida em que, tradicionalmente, à essência do poder vincular-se-ia a opressão e a desigualdade entre quem ordena e quem obedece. O poder que não é coercitivo não é poder.

Reforça-se, pois, o argumento de primitivismo dos indígenas: sociedades sem controle (leia-se “sem coerção”) são sociedades selvagens, num estágio atrasado de evolução ou organização político-social. São sociedades a civilizar por meio de sua inserção no Estado (único detentor do poder de polícia, do poder de punir).

Opõem-se as sociedades indígenas às sociedades estatais, tornando aquelas “sociedades contra o Estado” (CLASTRES, 2003), porque este representa justamente a instauração de um regime político de desigualdades em todos os seus níveis e no qual o poder-saber, antes inscrito nos corpos (por meio de seus rituais iniciáticos) e condição

de coexistência pacífica, passa a ser concentrado numa autoridade, individual ou oligárquica, apartada da sociedade mesma.

Estas conclusões sugerem não apenas uma revisão necessária dos construtos da filosofia política tradicional (*idem*, p. 40) como também que a definição de indígenas como primitivos serve de amparo à supremacia do Estado. Elas explicam como a ausência de poder coercitivo nas sociedades indígenas conduz à sua referência de primitivismo, pois que, ao pensamento político vigente, civilizadas são somente as sociedades que transferem o domínio do poder político ao Uno – a que Étienne de la Boétie (1530-1564) se referiu no “Discurso da Servidão Voluntária (O nome do Um)”.

O opúsculo tentou responder o porquê de uma multidão de indivíduos submeter-se aos comandos do “Um” (de um tirano ou qualquer outro superior hierárquico). Esta “servidão voluntária” justifica-se na medida em que os subjugados veem-se como portadores do “nome do Um”, constituindo uma “cadeia de tiranetes” que ampara a tirania do soberano.

Promove-se uma desnaturação do humano, pois os subordinados se colocam abaixo dos próprios animais irracionais, já que estes, “(...) *desde los más grandes hasta los más pequeños, cuando son capturados, oponen tal resistencia con garras, cuernos, pico y patas, que declaran suficientemente con ello cuánto estiman lo que pierden*” (BOÉTIE, 2008, p. 33).

Pelo rebaixamento de sua condição existencial, os subordinados tornam-se inomináveis – nem humanos, nem animais. Pergunta Boétie: “(...) *¿qué desgracia ha sido esta que ha podido desnaturalizar tanto al hombre, el único verdaderamente nacido para vivir libremente, y hacerle perder el recuerdo de su primer ser y el deseo de recuperarlo?*” (*idem*, p. 34). Para Pierre Clastres (2003), a esta forma de organização política se oporiam as sociedades indígenas.

O poder dissociado do corpo social é reflexo duma configuração histórica que privilegia a desigualdade entre os indivíduos, sendo a civilização antes um argumento de validade do que um efetivo grau atingido ou a sê-lo, necessariamente. É possível que o poder político seja exercido sem coerção, mas reconhecer esta possibilidade implica questionar o porquê de se organizarem sociedades inteiras por meios exclusivamente coercitivos.

Para que as sociedades assim constituídas estendessem seu poderio, era necessária a promoção do etnocídio dos nativos (quando não o genocídio), como

condição de permanência do modelo autoritário e desigual. Eis, aliás, as duas formas principais de se conseguir que não haja mais índios.

O genocídio refere-se às condutas ilícitas que tenham por finalidade destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. O termo foi cunhado por Raphael Lemkin, em 1944, para reportar-se ao extermínio de judeus, no regime nazista, e está previsto na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

O etnocídio, por sua vez, refere-se ao morticínio de povos indígenas, segundo conceito de Robert Jaulin e outros etnólogos, e difere do genocídio na medida em que este opera um extermínio do corpo, enquanto o etnocídio promove um extermínio do espírito (CLASTRES, 2004, p. 83) – isto é, configura-se como toda atividade que conduza à não-aceitação da diversidade e às tentativas de modificá-la, quando não suprimi-la.

Pode-se compreender como etnocida o ideal integracionista do Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (em verdade, intuito assimilacionista¹²), pois que prevê, em seu artigo 1º, que “[e]sta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Há preservação de sua cultura e demais direitos até que se integrem à sociedade não indígena – ocasião em que perderiam totalmente os vínculos étnicos.

O Estatuto do Índio estabelece, ainda, as seguintes definições:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

¹² Os conceitos de integração e assimilação confundem-se, por vezes, nos discursos aplicados às relações interétnicas. Para Manuela Carneiro da Cunha, integração refere-se à articulação entre as sociedades indígenas e não indígenas, sem que haja a diluição daquela nesta – prática esta que redundaria no processo assimilacionista, com perda ou minoração das identidades étnicas distintas (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 26).

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A definição jurídica de índio é já inicialmente vinculada à imagem de habitante das selvas (ou “silvícola”), num inadvertido desconhecimento da realidade socioambiental que caracteriza a maioria dos povos indígenas no País e que reforça seu lugar de selvageria. Mas outros elementos advêm desta definição que expõem a influência da ideologia do evolucionismo social spenceriano.

Assim, para a lei, o índio é o indivíduo de ascendência pré-colombiana cujas características culturais o opõem à “sociedade nacional”, isto é, à sociedade não indígena ou à sociedade de Estado. A menção à ancestralidade significa que o índio é o indivíduo não submetido ao processo de miscigenação, bem como aquele cujos usos e costumes pouco diferem de seus antepassados que habitavam as terras americanas antes da chegada de Colombo – o que faz ressaltar a ideia de que os indígenas são povos que estancaram no tempo.

A lei, porém, exige que ele se identifique e seja identificado pelo grupo ao qual se vincula como sendo indígena, o que

(...) significa que dos três critérios incluídos na definição legal de índio apenas o da identificação por si mesmo e pelos outros é estritamente correto do ponto de vista antropológico: ele engloba os outros dois, na medida em que são consequência e mecanismos dele e não critérios independentes (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 25).

Já o artigo 4º classifica os indígenas segundo os níveis do contato interétnico mantido. São considerados “isolados” quando há “poucos e vagos informes” sobre eles, por meio de contatos eventualmente estabelecidos com a “sociedade nacional”. Sendo estes intermitentes ou permanentes, os índios são considerados “em vias de integração”, pois que cada vez mais necessitam da relação com a “sociedade nacional” para a sua sobrevivência.

Por fim, são considerados “integrados” os já “incorporados à comunhão nacional”, reconhecendo-se a eles todos os direitos civis, ainda que mantenham seus usos, costumes e tradições peculiares.

Essa taxonomia proveniente do contato interétnico levou às formulações discursivas, veladas ou declaradas, sobre “índios aculturados” ou “índios de verdade” (SANTILLI, 2000, p. 50), que seriam apenas os “isolados” e sobre os quais deve recair o máximo possível de tutela estatal.

Os índios “em vias de integração” e, principalmente, os “integrados” teriam perdido seus valores culturais originais e aprendido um novo código de conduta mais afeito ao da “sociedade nacional” – e, logo, não seriam mais “tão indígenas” como costumavam ser.

É deste modo que a identidade indígena, confundida com o estereótipo racista e idílico propagado pelo imaginário social¹³, é reconhecida ou negada conforme a interpretação dada ao contato interétnico estabelecido, ao grau de dependência dos indígenas em relação a tais contatos e, principalmente, em conformidade ao seu pouco ou largo conhecimento do padrão cultural não indígena.

É preciso reconhecer, no entanto, que à época de sua elaboração, o Estatuto do Índio atendia às reflexões sobre a temática indígena.

O Código Civil vigente (Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916) considerava os “silvícolas” como relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de exercê-los (artigo 6º, inciso III), sujeitando-os ao regime tutelar que cessaria à medida que fossem se “adaptando à civilização do País” (artigo 6º, parágrafo único) – adaptação que correspondia à convicção positivista de transitoriedade da sua existência como consequência de leis naturais inalteráveis de evolução (KAYSER, 2010, p.160).

Com essa orientação, foi formulado o Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, que regulava a situação jurídica dos índios nascidos no território nacional, segundo sugestão encaminhada pelo Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, Pedro de Toledo, que fizera contar, em relatório anual, as mudanças necessárias para pleno desenvolvimento do projeto integracionista perseguido pelo Serviço de Proteção ao Índio – SPI.

Segundo esse diploma, classificavam-se os indígenas em quatro categorias, similares àquelas que seriam reproduzidas pelo Estatuto do Índio vigente:

¹³ Em pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e pelo Instituto Rosa Luxemburg, entre 2010 e 2011, denominada “Indígenas no Brasil – Demandas dos Povos e Percepções da Opinião Pública”, demonstra-se que, apesar de 80% da população não indígena reconhecer que existe discriminação contra os indígenas, 96% afirmam não terem preconceito algum, paradoxalmente. 79% dos indígenas afirmam que são os brancos os que mais têm preconceito, o que se aproxima da percepção de não indígenas sobre o mesmo fato – 81% dos entrevistados (VENTURI e BOKANY, 2013, p. 118).

Art. 2º. Para os efeitos da presente lei são classificados nas seguintes categorias os índios do Brasil:

1ª. Índios nômades;

2ª. Índios arranchados ou aldeados;

3ª. Índios pertencentes a povoações indígenas;

4ª. Índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

Art. 5º. A capacidade, de facto, dos índios sofrerá as restrições prescriptas nesta lei, enquanto não se incorporarem elles á sociedade civilizada.

Art. 6º. Os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráo de adaptação de cada um, por intermédio dos inspectores do Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante á justiça e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito.

§1º. Cada ajudante ou auxiliar do Serviço de Protecção aos Índios receberá uma portaria do inspector, autorizando-o a substituil-o em caso de necessidade, nas funcções de que trata este artigo.

§2º. Em casos especiaes póde o inspector, mediante procuração, delegar poderes a qualquer pessoa para o substituir nas sobreditas funcções.

As Constituições anteriores a 1988 também se orientavam pelo ideal de integração ou incorporação dos indígenas à “sociedade nacional”. A Constituição da República de 1934 previa no artigo 5º, inciso XIX, alínea *m*, a competência privativa da União para legislar sobre a incorporação dos “silvícolas à comunhão nacional”. A Constituição outorgada em 1937 foi omissa quanto ao projeto de integração, que só foi retomado em 1946, com a promulgação de nova Constituição, conforme se prevê no seu artigo 5º, inciso XV, alínea *r* (competência da União para dispor sobre a incorporação dos povos indígenas). Por fim, também a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 8º, inciso XVII, alínea *o*, previa como competência da União o ato de legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Esta tutela do Estado era conforme também às discussões que se empreendiam no plano internacional. A Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho, em 1957, recomendava aos Estados assistência aos povos indígenas para sua integração: *“Governments shall have the primary responsibility for developing co-ordinated and systematic action for the protection of the populations concerned and their progressive integration into the life of their respective countries”* (Artigo 2º, 1). A sua Revisão Parcial resultou na atual Convenção nº 169 – Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes – C169, da OIT, adotada em 1989, ratificada e promulgada no País por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Todos estes regramentos pressupunham a separação dos indígenas dos demais brasileiros na constituição da nação, circunstância que acabaria por selar o seu lugar no Estado, que é sempre de marginalização.

Nos termos do artigo 9º do Estatuto do Índio, serão considerados integrados ou “emancipados” aqueles que, requerendo em juízo, comprovarem a plenitude da capacidade civil, que se dará pelo preenchimento cumulativo de idade mínima de vinte e um anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e razoável compreensão dos usos e costumes desta.

Prevê ainda, o artigo 11, que por decreto presidencial uma comunidade indígena pode ser considerada emancipada do regime tutelar, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada sua plena integração na “sociedade nacional”.

Na verdade, o ato de emancipação “(...) descaracteriza como indígenas certas sociedades [e] é um poderoso meio de eliminar os sujeitos de direitos territoriais” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 15).

Em resumo, quando não se promove o extermínio dos corpos (genocídio), promove-se o extermínio de sujeitos de direitos (etnocídio), circunstância, aliás, amparada por opiniões racistas que fazem desaparecer os indígenas quando estes têm acesso a produtos, tecnologias e estilos de vida próprios da sociedade de Estado. Índios que possuem celulares, vestem *jeans*, falam a língua portuguesa, habitam, trabalham ou transitam nos espaços urbanos não são mais índios. Anulam-se os sujeitos de direitos aí implicados como se os processos de aculturação levassem à progressiva extinção dos vínculos étnicos dos indivíduos (SANTILLI, 2000, p. 28-29).

Em outras palavras, a extinção dos povos indígenas não deve ser pensada somente do plano físico-biológico: não reconhecer o direito a existir como diferente engendra os mesmos efeitos.

O homem que impõe aos outros a própria cultura tem um motivo. Isso não significa que ele saiba sempre identificar esse motivo. O motivo mais profundo e mais constante da expansão cultural está ligado à supervalorização da própria cultura e a uma inconsciente inclinação a condenar as formas culturais divergentes. O motivo consciente e verbalizado é naturalmente outro. A difusão da própria cultura é concebida como um serviço prestado aos outros, ou como o cumprimento de um dever (SACCO, 2013, p. 76).

1.3 O último índio na profecia integracionista

Em fins do século XIX, foi publicada uma nota na Revista do Museu Paulista, sob direção de Hermann von Ihering, versando sobre os povos indígenas e, em especial, os Kaingang. Seu conteúdo questionava o papel que estes representavam ou que poderiam exercer no recente regime republicano instaurado, e concluía que

[o]s actuaes indios do Estado de S. Paulo não representam um elemento de trabalho e de progresso. Como tambem nos outros Estados do Brazil, não se pode esperar trabalho sério e continuado dos indios civilizados e como os Caingangs selvagens são um impecilio para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio¹⁴.

A nota expressava um questionamento corrente. Colocava-se à nascente República a necessidade de adotar, oficialmente, uma política indigenista consentânea ao progresso social, numa comunidade política que custosamente se pretendia unificar. Se os indígenas eram renitentes à incorporação, o seu extermínio parecia ser a única solução.

Entretanto, ao lado desta proposta figuraram outras, até mesmo de elaborações anteriores, que ora pleiteavam o reconhecimento de certa soberania destas “populações fetichistas”, ora requeriam reforços na obstinada tentativa de integrá-los aos nacionais (não indígenas), porém de forma pacífica e gradual.

Assim, como exemplo da primeira postura, o projeto positivista de Constituição republicana, de 1890. Em seu artigo 1º, declarava que a República compunha-se de dois Estados confederados: os Estados Ocidentais Brasileiros, provenientes da fusão de europeus, africanos e ameríndios, e os Estados Americanos Brasileiros – formados por “hordas fetichistas”. Estes teriam a função de garantir a proteção do governo federal, bem como a de manter relações amistosas com os Estados Ocidentais Brasileiros. O projeto, porém, não foi recepcionado (CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 136).

Andrada e Silva também afirmava a mestiçagem como meio hábil à criação de uma identidade nacional homogênea, reproduzindo orientação do Alvará de 4 de abril de 1755 (NIZZA DA SILVA, 1986, p. 225).

Três, pois, as alternativas de política indigenista postas à escolha do Estado brasileiro nos seus primeiros passos republicanos: reconhecer aos povos indígenas seu

¹⁴ Declaração de Hermann Von Ihering, na *Revista Museu Paulista*, volume VIII, p. 215. in ALMEIDA, Silvio. *Divagações. O Estado de S. Paulo*. 12 out 1908 (Fonte: Arquivo do Estado de São Paulo).

direito à autodeterminação e à sua organização social peculiar; tentar a civilização dos seus membros, incorporando-os aos antagonistas brasileiros, ou, por fim, exterminá-los, como antes já se determinara na execução das guerras justas, notadamente contra os Botocudos¹⁵.

A postura adotada pelo Estado já é sabida: a política integracionista, com fins de assimilação, passou a considerá-los como os tutelados do Estado no novo regime republicano, buscando preservar-lhes os costumes, as crenças, os rituais, os bens e as terras tradicionais até que se emancipassem como brasileiros.

Na Mensagem do Presidente da República, Marechal Deodoro da Fonseca, encaminhada à Abertura da Primeira Sessão da Primeira Legislatura do Congresso Nacional, aos 15 de junho de 1891, recomendava-se “(...) a catechese das tribos indígenas, que, em grande número, vagueiam pelas nossas regiões desertas e que, não raramente, invadem terras cultivadas, devastam-as e assim estorvam o trabalho agrícola da população civilizada”. Concluía, ainda, que “[c]umpre envidar esforços para abrandar-lhes os costumes selvagens e, quanto possível, attrahil-as ao trabalho” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1978, p. 24).

Estas disposições não foram inovações do regime republicano: já a Lei de 27 de outubro de 1831 revogava a Carta Régia, de 5 de novembro de 1808, que instituiu as guerras justas contra indígenas resistentes, e passava a considerá-los como órfãos, conforme redação do artigo 4º desta Lei: “Serão considerados como orphans, e entregues aos respectivos Juizes, para lhes applicarem as providencias da Ordenação Livro primeiro Titulo oitenta e oito” – correspondente às regras para assentamento de registros e outras providências de natureza civil (MENDES JR., 1912, p. 53).

A autonomia dos povos indígenas, reconhecida pela Provisão de 9 de março de 1718¹⁶, seria reduzida por força do Decreto nº. 246, de 24 de julho de 1845, conhecido

¹⁵ Como exemplo, as ordens de Matias da Cunha, Governador Geral do Brasil, de junho de 1687 a outubro de 1688. Segundo Beatriz Perrone-Moisés: “(...) Uma Carta do governador geral do Brasil sobre a assim chamada Guerra dos Bárbaros na capitania do Rio Grande, de 14/3/1688, recomenda a um dos capitães-mores que ‘dirija a entrada e guerra que há de fazer aos bárbaros como bem entender que possa ser mais ofensiva degolando-os, e seguindo-os até os extinguir, de maneira que fique exemplo desse castigo a todas as mais nações que confederadas com eles não temiam as armas de sua majestade’” (in CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 126).

¹⁶ Por meio dela, declaravam-se os indígenas homens livres e isentos da jurisdição da Coroa, salvo quando andassem nus, não tivessem líder político ou “atropelassem as leis da natureza” – ocasião em que seriam submetidos às leis da Coroa Portuguesa. “Esta restrição, assim como outras cláusulas e exceções, abriram pretexto à caçada e escravização dos índios; mas, a verdade é que ficou firmado o principio da autonomia das tribus, desde que o proprio rei de Portugal as declarava isentos de sua jurisdição” (MENDES JR., 1912, p. 30).

como o Regulamento das Missões. Neste documento, em cada aldeamento seria instituído um “maioral de índios”, com a função de realizar relatórios anuais sobre a catequese e civilização dos indígenas, doutriná-los na educação religiosa e civil, edificar igrejas e escolas, policiar a região e ministrar aulas sobre ofícios mecânicos (MENDES JR., 1912, p. 54).

A atuação da Primeira República não era, pois, uma inovação, muito embora tivesse contado com a atuação pacífica de Cândido Mariano da Silva Rondon (posteriormente conhecido por sua patente de Marechal), então designado para compor a comissão construtora de linhas telegráficas que conectariam o Rio de Janeiro aos territórios de Goiás, Amazonas e Acre (ROQUETTE-PINTO, 1935, p. 53).

Esta comissão, além de contribuir para o conhecimento de pontos isolados do território brasileiro e possibilitar o estabelecimento de meios de comunicação com estes, atendia à necessidade do Ministério da Guerra de manter vigilância sobre os pontos estratégicos em contato com a Bolívia e o Paraguai (LINS, 1967, p. 544). E, “[n]o desempenho dessa importante comissão em que construiu, de 1900 a 1906, uma rede de 1.746 quilômetros, servindo 17 estações, não se limitou Rondon a executar as obras indispensáveis à já de si dificultosíssima instalação dos serviços telegráficos” (*idem*, p. 545), pois que coibia ataques aos povos indígenas encontrados.

No governo de Afonso Pena (1906-1909), Rondon foi convocado para ligar o Acre ao Cuiabá. Ampliando suas funções, tornou a nova expedição telegráfica (desta feita conhecida como Comissão Rondon) também uma expedição científica, reunindo o maior número possível de dados geográficos, botânicos, antropológicos e zoológicos.

Como resposta, ainda, à pretensão de extermínio dos indígenas anteriormente aventada por von Ihering, e às acusações de massacres realizados pelo Estado brasileiro, proferidas no XVI Congresso de Americanistas, em 1908, na Áustria, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN, por força do Decreto nº. 8.072, de 20 de junho de 1910.

Segundo Antônio Carlos de Souza Lima, inicialmente submetido ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, o SPILTN correspondia ao necessário processo de construção burocrático-administrativa da República, que passou a centralizar serviços então dispersos noutros aparelhos não estatais, como as missões de cunho religioso (*in* CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 156). Além disso, alicerçado sobre o trabalho livre, o Ministério abarcou as demandas do antigo Serviço Nacional de Agricultura, de caráter privado, cujo intuito era representar os interesses de segmentos agrícolas (*idem*, p. 157).

Ulteriormente modificado pelo Decreto nº. 9.214, de 15 de dezembro de 1911, e pela Lei Orçamentária nº. 3.454, de 6 de janeiro de 1918, o SPILTN tornava-se apenas Serviço de Proteção ao Índio – SPI, passando a localização de trabalhadores nacionais ao Serviço de Povoamento¹⁷. Mas, “[a]inda que tal tenha se dado, a *proteção oficial* manteria ao longo de toda a existência do Serviço a intenção de transformar os índios em pequenos produtores rurais capazes de se auto-sustentarem (...)” (*idem*, p. 158-159).

Imagens 1 e 2.

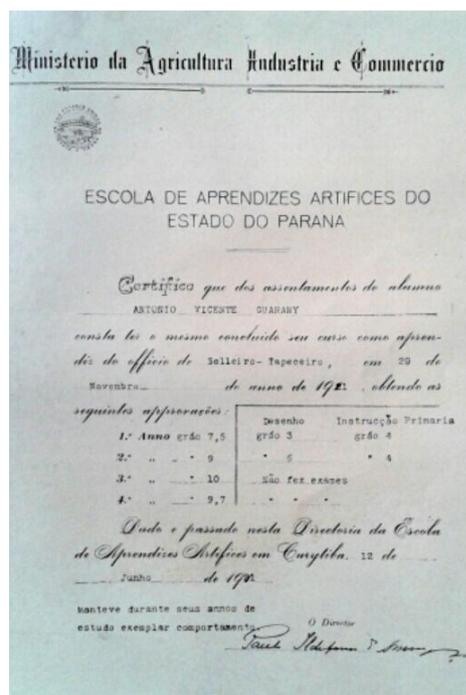


Imagem 1(à esquerda): Antônio Vicente Guarani [1921?].

Imagem 2 (à direita): Certificado da Escola de Aprendizes Artífices do Estado do Paraná, do Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio, para o officio de selleiro-tapeceiro, concedido a Antônio Vicente Guarani aos 29 de novembro de 1921.

(Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. *Pelo índio e pela sua proteção oficial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. s/n).

¹⁷ Em introdução ao relatório anual de atividades do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, de 1912, o Ministro Pedro de Toledo ressaltou a importância do SPI na pacificação de indígenas, sem deixar de ressaltar sua atuação na localização de trabalhadores rurais: “Não se descarta, também este Ministério, dentro das forças do orçamento, das providencias tendentes a tornar uma realidade a existencia de numerosos centros agrícolas em que se possam localizar utilmente trabalhadores nacionaes nos Estados onde menos frequente e quasi nulla é a imigração estrangeira e maior se me afigura a conveniência de manter braços para os serviços dos campos, frequentemente despovoados pela sahida dos que, acossados pelas necessidades da vida e outras causas oriundas da falta de regular organização do trabalho agrícola no Brazil, fogem para as cidades, em busca de melhor sorte” (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO, 1912, p. 50).

Com Rondon como um dos fundadores e seu primeiro presidente, o SPI tinha como meta fixar no campo a mão de obra rural brasileira, supostamente descendente de escravos, bem como atrair indígenas considerados hostis aos centros agrícolas, unidades de treinamento de técnicas de trabalho rural, onde poderiam aprender o necessário à sua progressiva integração aos brasileiros. Além disso, garantia a ocupação de terras consideradas valiosas e necessárias para a ampliação da agricultura (*idem*, p. 156).

Para Luís Bueno Horta Barbosa, diretor daquele órgão de 1918 a 1921, o verdadeiro objetivo do SPI era o de melhorar as condições de vida e de trabalho dos indígenas, facilitando-lhes os progressos de ordem moral e intelectual “(...) mediante, não só a vigilância e a disciplina das suas relações com os civilizados, mas também pela implementação de um ensino, tão ativo, quanto possível, de artes, ofícios e primeiras letras” (1947, p. 20).

Embora com viés humanitário, a adoção destas estratégias representaria a primeira etapa da política etnocida do Estado republicano, o que, para Ivan Lins (1967), significou a incontestável influência do positivismo no País.

Imagem 3.



Legenda: Escola do Pôsto de Proteção Rodolfo Miranda, no rio Jamari, Mato Grosso [1923?].

(Fonte: HORTA BARBOSA, Luiz Bueno. *Pelo índio e pela sua proteção oficial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. s/n).

Sob a inspiração do positivismo comteano, pautava-se o SPI pelas ideias de evolução e progresso da humanidade, desenvolvendo atividades que deveriam possibilitar a integração dos povos indígenas à sociedade de Estado.

Sustentava-se, contudo, não buscar a assimilação ou doutrinação religiosa do indígena, mas, antes, seu aperfeiçoamento por meio do exemplo do trabalho e da disciplina e, deste modo,

(...) melhorar tudo quanto ele tem e que constitue o fundo mesmo de toda a existência social. E de todo esse trabalho, resulta que o índio torna-se um melhor índio, e não um mísero ente sem classificação social possível, por ter perdido a civilização a que pertencia sem ter conseguido entrar naquela para onde o queriam levar (HORTA BARBOSA, 1947, p. 22).

Segundo Antônio Carlos de Souza Lima, as áreas necessárias para a fixação dos povos pacificados pelo SPI eram solicitadas aos estados federados, “[...] tal implicando uma maior margem de barganha política e demandando inevitáveis alianças e conchavos regionalmente diferenciados” (in CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 160).

Assim, a criação e manutenção da política tutelar indigenista correspondia a interesses diversos da mera tutela, o que justificava sua constante realocação em pautas ministeriais distintas, passando do Ministério da Agricultura, em 1931, ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1932, ao Ministério da Guerra, compondo, inicialmente, a Inspetoria Especial de Fronteiras e, posteriormente, o Exército, com especial atenção aos povos fronteiriços (*idem*, p. 165). A presença de militares na Comissão Rondon garantia, simultaneamente, a realização de uma atração dos indígenas e o treinamento dos soldados.

[T]ratava-se de atrair e pacificar, conquistar terras sem destruir os ocupantes indígenas, obtendo, assim, a mão-de-obra necessária à execução dos ideais de Couto de Magalhães, de desbravamento e preparação das terras não colonizadas (para uma posterior ocupação definitiva por brancos), por meio de populações “aclimatadas” aos trópicos. Realizar-se-ia o duplo movimento de conhecimento-apossamento dos espaços grafados como desconhecidos nos mapas da época, e a transformação do índio em trabalhador nacional (*idem*, p. 160-161).

Apenas em 1942, o SPI seria novamente submetido ao Ministério da Agricultura, embora continuasse o ideal de pacificação, compreendida como a fusão dos povos indígenas aos brasileiros numa única massa, a de trabalhadores rurais.

O fracasso desta tutela, entretanto, sempre foi iminente: uma “obstinada consciência” (RIBEIRO, 1993, p. 53) de ser indígena é o que define o vínculo étnico de um indivíduo com seu povo, um núcleo duro de identificação comunitária – o que, por

si, não se pode substituir por outra configuração qualquer que se entenda como melhor, dada certa visão racista ou etnocêntrica.

Além disso, o Estado foi um “mau tutor” (SANTILLI, 2000, p. 28), relegando povos indígenas inteiros à condição de miserabilidade e a verdadeiro morticínio, praticado, por vezes, sob seu consentimento ou omissão. Mesmo a substituição da estrutura do SPI pela da Fundação Nacional do Índio – Funai (Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967) e a promulgação de um Estatuto do Índio não foram suficientes para uma alteração do paradigma integracionista do Estado, que só veio com o texto constitucional de 1988.

No decorrer do século XX, carnificinas contra os povos indígenas em território brasileiro seriam divulgadas nacional e internacionalmente. Grande parte dos confrontos ocorreu em virtude de uma intensa e caótica expansão econômica. A maior parte dos relatos compõe o denominado “Relatório Figueiredo”, fruto de uma Comissão de Inquérito, instituída pelo Ministério do Interior por força da Portaria nº 154, de 24 de julho de 1967 e presidida pelo Procurador Jader de Figueiredo Correia, para apurar as irregularidades do SPI, conforme denúncias colhidas em Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados.

Um destes eventos ficou conhecido como o Massacre do Paralelo 11, em que os Cinta Larga, localizados nos atuais estados de Mato Grosso e Rondônia, foram abruptamente chacinados pela ação de pistoleiros, mediante paga de interessados na ocupação de suas terras e com a participação de funcionários do SPI.

Querendo coibir a propagação internacional das acusações de genocídio e maus tratos do País em relação aos povos indígenas, o Estado brasileiro adotaria uma série de outros remédios, como a realização de uma “campanha de esclarecimento” sobre sua política indigenista¹⁸.

¹⁸ “O Ministério das Relações Exteriores e o Ministério do Interior estão preparando, por intermédio da Funai, uma campanha de esclarecimento da opinião pública internacional a fim de neutralizar as informações negativas sobre a política indigenista brasileira que são levadas ao Exterior por entidades ligadas à questão indígena. O presidente da Funai, Romero Jucá, afirmou, após uma audiência com o Ministro das Relações Exteriores, Abreu Sodré, que ‘não é justo que, com o objetivo de arrancar recursos junto ao estrangeiro, se deturpe a atuação do governo brasileiro com relação aos índios’. Segundo Jucá, o índio tem sido utilizado como ‘instrumento para garantir a sobrevivência financeira de entidades que, na maioria dos casos, pouco ou nada fazem pelo bem-estar efetivo dos grupos indígenas’. O que o governo brasileiro pretende, segundo Jucá, é colocar por terra ‘a idéia de que o índio brasileiro é massacrado, difundida no Exterior por grupos que têm o objetivo único e exclusivo de angariar receitas em moedas fortes’. Com ironia, o presidente da Funai disse que no Brasil ‘não há uma entidade que promova estas campanhas, porque o público brasileiro já tem um grau de consciência bastante elevado quanto ao tratamento que o governo vem dando à questão indígena’” (BRASIL quer neutralizar campanhas sobre

Com a promulgação de novo texto constitucional, em 1988, os povos indígenas passaram a ter um diferente tratamento jurídico, reconhecendo-se seus direitos à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União sua demarcação, proteção e respeito a todos os seus bens, conforme redação do artigo 231. Já o artigo 232 considera-os, bem como suas comunidades e organizações, partes legítimas para o ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses, com intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo, pois que é sua função institucional (artigo 129, inciso V, CF).

Sob esta ótica, abandona-se o ideal de integração como assimilação forçada dos indígenas à “sociedade nacional” e se reconhece sua condição como sujeitos de direitos. O direito à diferença constitui-se, então, em direito fundamental individual e coletivo, na medida em que se impõe ao Estado o respeito aos modos distintos de coexistência humana, sem o estabelecimento de hierarquizações alicerçadas em práticas racistas e etnocêntricas. Vedam-se ao Estado atos públicos de cunho etnocida ou genocida, que visem o extermínio ou minoração da diversidade étnica.

Ainda assim, a visão de transitoriedade dos indígenas prevaleceu, orientando-se o Estado à progressiva e harmônica integração dos índios.

Esta postura sequer é defensável do ponto de vista científico.

Categorizar indígenas como primitivos e objetivar integrá-los à “sociedade nacional” são instrumentos conceituais que servem àqueles interesses de supremacia estatal e de manutenção da ordem constituída, mas nada explicam sobre as diferenças existentes. Tais argumentos não se restringem à filosofia política ou à antropologia política: espraiam-se para as outras ciências que são cooptadas a respaldar o poder político coercitivo e a instauração de um regime de desigualdades.

O direito – se encarado como fundamentador da existência do próprio Estado, a partir de teorias formalistas – reproduz estas noções etnocêntricas e é comumente pensado e exercido como dotado das mesmas singulares características, sob pena de ter que reconhecer a multiplicidade de sistemas normativos que, inevitavelmente, convivem no espaço e no tempo. E o direito penal – como ciência jurídica concernente ao poder punitivo do Estado – não poderia apartar-se desta orientação, instituindo por vezes, em relação aos indígenas, uma *penalidade civilizatória*.

1.4 A *penalidade civilizatória*: hipótese de trabalho

Traçados os elementos que caracterizaram a política indigenista republicana brasileira como eminentemente integracionista (assimilacionista), até sua alteração com a Constituição Federal de 1988, propomo-nos empreender o estudo dos efeitos daquela nos arcabouços legislativo, doutrinário e jurisprudencial predominantes na atualidade.

Nosso objetivo é o de investigar em que termos essa ruptura conceitual representou uma reelaboração discursiva, no plano jurídico, sobre as relações interétnicas. Detemo-nos, particularmente, sobre a criminalização de indígenas (com especial relevo à criminalização secundária), pretendendo averiguar se a legislação e a dogmática penal sofreram alteração paradigmática.

Cabe-nos investigar se as agências de reprodução ideológica (doutrina jurídica), judiciais e policiais (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 60-61) acompanharam a dissolução do ideal integracionista, promovida pela Constituição Federal de 1988, e se renovaram seus instrumentos, de sorte a considerar os indígenas como sujeitos de direitos e não como objetos de uma tutela estatal ultrapassada.

Nossa hipótese é a de que, com poucas exceções, os discursos jurídico-penais contemporâneos sobre o tratamento a ser dispensado aos indígenas criminalizados não se alterou. Pelo contrário: explicita-se uma doutrina jurídica racista e avessa à crítica de seus próprios construtos, por meio de decisões judiciais omissas quanto à investigação ou elucidamento da identidade étnica dos investigados, acusados ou condenados e de seu impacto na análise dos elementos constituintes do delito (*lato sensu*) imputado, notadamente relativos à tipicidade e à culpabilidade da conduta ilícita.

A criminalização de indígenas acaba por considerar, por vezes, realizado o ideal integracionista da legislação ordinária ou parte desta para definir os direitos submetidos a julgamento. Trata-se, assim, do exercício de uma *penalidade civilizatória*, isto é, de uma tática política etnocida de neutralização ou, mesmo, de supressão da diversidade étnica, que se faz presente no investigado ou acusado, por meio da comunicação de um discurso jurídico racista que afirma completo o seu processo de assimilação à “sociedade nacional”, com o conseqüente abandono do reconhecimento de seus direitos inerentes à temática penal ou de execução da pena.

Isso se evidencia pela omissão doutrinária e jurisprudencial acerca do tratamento jurídico-penal dos indígenas no que toca à sua culpabilidade.

Majoritariamente, a doutrina penal os considera inimputáveis, seguindo entendimento da criminologia etiológica e referendada por Nelson Hungria (1958). Para tanto, basta que não se tenha concretizado a sua integração à sociedade, nos termos do Estatuto do Índio¹⁹.

A caracterização da responsabilidade penal dos indígenas, em geral, dispensa a produção de laudo antropológico²⁰, sendo suficientes a utilização, domínio ou contato com a língua portuguesa²¹, o exercício de trabalho remunerado e a posse de documentos públicos²² para afastar a consideração de seus direitos peculiares²³.

Mesmo a questão sobre a definição da competência²⁴ para julgamento dos crimes que envolvam indígenas, como vítimas ou acusados, é controversa, dificultando a resolução célere dos conflitos.

¹⁹ “RESPONSABILIDADE PENAL – Silvícola – Condição que por si só, não exclui a imputabilidade – Índigena já integrado e adaptado ao meio civilizado – Condenação mantida. A condição de silvícola, por si só, não exclui a imputabilidade, mormente se o agente é índio integrado e adaptado ao meio civilizado” (REVISTA DOS TRIBUNAIS Vol. 694, 1993. p. 364).

²⁰ “IMPUTABILIDADE PENAL – Prova – Índio – Prescindibilidade de laudo antropológico e psicológico se comprovado inequivocamente que o indígena é completamente integrado na civilização, sendo fluente no idioma nacional, eleitor, habilitado para dirigir veículo, correntista de banco e empresário. Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, fluente no idioma nacional, eleitor, habilitado para dirigir veículo, correntista de banco e empresário, pode o Juiz prescindir de laudo antropológico ou psicológico para aferir a imputabilidade penal” (REVISTA DOS TRIBUNAIS Vol. 775, 2000. p. 489).

²¹ “INIMPUTABILIDADE – Inocorrência – Índio – Silvícola integrado à sociedade, inclusive alfabetizado – Impossibilidade de excluir-lhe a responsabilidade penal pela prática de ato delituoso. O índio integrado à sociedade, inclusive alfabetizado, não pode ser considerado inimputável, de molde a excluir sua responsabilidade penal pela prática de ato delituoso” (REVISTA DOS TRIBUNAIS Vol. 797, 2002. p. 642).

²² “INTERROGATÓRIO – Índio alfabetizado, eleitor, integrado à civilização e fluente no idioma nacional – Desnecessidade da presença de intérprete – Inteligência do art. 193 do CPP. A presença de intérprete no interrogatório é necessária somente nos casos em que o acusado não fale ou não compreenda a língua portuguesa, conforme dispõe o art. 193 do CPP, sendo, portanto, desnecessária sua presença se o réu for índio alfabetizado, eleitor, integrado à civilização e fluente no idioma nacional” (REVISTA DOS TRIBUNAIS Vol. 694, 1993. p. 539).

²³ “ÍNDIO – Silvícola totalmente integrado à sociedade – Pretendida aplicação dos benefícios previstos no art. 56, caput e par. ún., da Lei 6.001/73 – Inadmissibilidade se a pena-base foi fixada no mínimo legal e o regime prisional somente poderá ser o integralmente fechado, por tratar-se de condenação por crime hediondo. Os benefícios previstos no art. 56, caput e par. ún., da Lei 6.001/73 são destinados ao índio em fase de aculturação, razão pela qual não podem ser aplicados ao silvícola totalmente integrado à sociedade, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal e cujo regime prisional somente poderá ser o integralmente fechado, por tratar-se de condenação por crime hediondo” (REVISTA DOS TRIBUNAIS Vol. 787, 2001, p. 560).

²⁴ “COMPETÊNCIA – Infrações penais cometidas por ou contra índios – Julgamento afeto à Justiça Federal. A Justiça Estadual não está legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra índios, cuja tutela, por ser de interesse da União, desloca a competência para a Justiça Federal” (REVISTA DOS TRIBUNAIS Vol. 746, 1997. p. 647).

Este silêncio legislativo, doutrinário e jurisprudencial²⁵ legitima o exercício de um controle social, de uma intervenção estatal sobre indivíduos considerados “resistentes” à ordem hegemônica (OLMO, 2004, p. 22) e possibilita a atualização de uma criminalização feita sem a revisão de seu próprio conteúdo, pois que baseada em critérios racistas²⁶, etnocidas e estigmatizantes contra os quais não caberia refutação jurídica, já que seriam comprovados por um saber científico de que a criminologia positivista se nutria²⁷.

Esta prática é própria da “racialização” das relações humanas ainda fundadas na distinção entre colonizadores e colonizados e que, segundo Anibal Quijano, provém da noção de raça, um construto moderno que “(...) *sin nada que ver con nada en la previa realidad [fue] generado para naturalizar las relaciones sociales de dominación producidas por la conquista, [y] se constituye en la piedra basal del nuevo sistema de dominación (...)*” (2014, p. 637).

Se o racismo foi uma invenção da colonização, segundo Foucault, a partir do século XIX ele vira discurso científico. As teorias de Darwin, que em 1830 buscavam o elo perdido em nosso continente, naturalizavam a inferioridade, possibilitavam sua transposição para as ciências sociais como fez Spencer, inspirando o evolucionismo social. O conceito de degenerescência é fundamental para entendermos como nossa mestiçagem iria ocupar ‘naturalmente’ os andares inferiores na evolução humana (BATISTA, 2011, p. 42).

²⁵ Cabe aqui a crítica de Rosa del Olmo à criminologia etiológica produzida na América Latina, caracterizada por irrefletida importação das ideias europeias para controle dos “resistentes” à ordem econômico-social dominante. Segundo a autora, “[n]a América Latina (...), o silêncio histórico é a norma, respondendo ao característico mimetismo de suas classes dominantes. A imitação necessita a amnésia” (2004, p. 18) – indicando que o silêncio discursivo da criminologia tradicional hegemônica sobre a realidade que pretende explicar é, já em si, uma tática de controle social, por negar-lhe a existência.

²⁶ “*En América, la idea de raza fue un modo de otorgar legitimidad a las relaciones de dominación impuestas por la conquista. La posterior constitución de Europa como nueva identidad después de América y la expansión del colonialismo europeo sobre el resto del mundo, llevaron a la elaboración de la perspectiva eurocéntrica de conocimiento y con ella a la elaboración teórica de la idea de raza como naturalización de esas relaciones coloniales de dominación entre europeos y no-europeos. Históricamente, eso significó una nueva manera de legitimar las ya antiguas ideas y prácticas de relaciones de superioridad/inferioridad entre dominados y dominantes. Desde entonces ha demostrado ser el más eficaz y perdurable instrumento de dominación social universal, pues de él pasó a depender inclusive otro igualmente universal, pero más antiguo, el inter-sexual o de género: los pueblos conquistados y dominados fueron situados en una posición natural de inferioridad y, en consecuencia, también sus rasgos fenotípicos, así como sus descubrimientos mentales y culturales. De ese modo, raza se convirtió en el primer criterio fundamental para la distribución de la población mundial en los rangos, lugares y roles en la estructura de poder de la nueva sociedad. En otros términos, en el modo básico de clasificación social universal de la población mundial*” (QUIJANO, 2000, p. 247).

²⁷ A criminologia etiológica ou positivista tem, segundo Alessandro Baratta, três principais vertentes europeias: a “Escola Social” alemã, com relevo para Franz Von Liszt; a “Escola Sociológica” francesa, de Gabriel Tarde e a “Escola Positiva” italiana, com destaque para Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo – em que o determinismo biopsicológico é apresentado como a causalidade do comportamento criminal (BARATTA, 2002, p. 32).

A superficialidade da argumentação que criminaliza os indígenas a partir da definição de sua identidade étnica provém de uma criminologia etiológica que atribuiu a prática de crimes por índios “(...) ao seu atraso e ignorância, segundo os ‘especialistas’ da época, em razão de características congênitas que os impediam de se superar, e não à exploração de que haviam sido objeto durante séculos” (OLMO, 2004, p. 175).

Tal entendimento não foi abandonado na atualidade, embora permaneça velado. Por meio dele, justifica-se a prática do crime a partir de falhas na formação do indivíduo e, logo, sua responsabilidade penal é feita de acordo com sua superação ou não.

Em resumo, conclui-se que os indígenas que houverem resistido ao processo de integração à sociedade terão sua responsabilidade penal afastada ou reduzida em razão de sua inimputabilidade (desenvolvimento mental incompleto ou retardado), ao passo que aqueles que apresentarem indícios de integração serão imputáveis.

Passados mais de 30 anos do Estatuto do Índio a classificação – “*isolado, em vias de integração ou integrado*” – ainda é presente na jurisprudência para reconhecer ao índio maior ou menor capacidade de entendimento e de autodeterminação [REsp 737.285-PB]. Muitas vezes é necessária a produção de exame antropológico, com estudo psicossocial, para aferir-se o grau de integração do indígena [HC 40.884-PR]. Não obstante há jurisprudência do STJ dizendo desnecessária a realização do exame na hipótese de índio ostensivamente integrado à “civilização” [HC 30.113-MA] (JUNQUEIRA e FULLER, 2010, p. 126-127).

Deste modo é que decisões judiciais genéricas e açodadas sobre a culpabilidade de indígenas, que os reconheçam penalmente responsáveis a partir de critérios raciais e da análise superficial de seu contato interétnico, são instrumentos políticos etnocidas de neutralização ou supressão da diversidade étnica, pois, ao tempo em que permitem um controle social dos resistentes, sinalizam o sucesso da política integracionista e o conseqüente desaparecimento de sujeitos que seriam marcados por falhas no processo de socialização. Determinam como completo o processo civilizatório dos indígenas por meio da aplicação da pena, uma espécie de signo batismal de sua almejada integração à “sociedade nacional”. Segundo Rosane Freire Lacerda,

[o] discurso da inimputabilidade dos indígenas no Brasil tanto é juridicamente equivocado quanto social e politicamente perverso. Desconectado de qualquer base legal, tem servido à perpetuação de discursos racistas que veem as práticas indígenas como fruto de uma ausência de capacidade mental. Sob este discurso esconde-se uma realidade crescente de processos criminais contra indígenas e a sua inclusão na população penitenciária, cujo sistema é reconhecidamente cruel e falido. É urgente que se dê visibilidade a esta realidade, não apenas para torná-la conhecida, mas principalmente para que seja radicalmente modificada (*in* CIMI, 2011, p. 23).

A integração (assimilação) dos índios, buscada pela imposição do regime tutelar, é atualizada pela aplicação da pena (*penalidad civilizatória*), que simboliza, ainda que pela punição, que aquela foi finalmente realizada.

A pena é encarada como a prova inequívoca da superação da identidade étnica no acusado e a sua cominação, segundo os termos racistas e a finalidade etnocida que persegue, exemplifica o exercício de uma dominação sobre a alteridade, a tentativa de sua subjugação – o que, segundo Enrique Dussel, representaria a permanência do “mito da Modernidade” (1994, p. 72), fruto da consciência europeia que se julgou superior às demais culturas, encaradas como bárbaras ou selvagens.

En esto consiste el "mito de la Modernidad", en un victimar al inocente (al Otro) declarándolo causa culpable de su propia victimación, y atribuyéndose el sujeto moderno plena inocencia con respecto al acto victimario. Por último, el sufrimiento del conquistado (colonizado, subdesarrollado) será interpretado como el sacrificio o el costo necesario de la modernización (idem).

A criminalização de indígenas, nestes termos, parte do “(...) positivismo [que] configurou, modelou o poder punitivo e suas racionalidades, programas e tecnologias governamentais na América Latina” (BATISTA, 2012, p. 47), não sem razão de ser:

(...) As classes dominantes latino-americanas sentiam a necessidade de romper com o passado colonial espanhol [e português] e de encontrar alternativas para impor a ordem. Necessitavam de meios de controle distintos dos do passado, adequados à nova ideologia liberal. As ideias evolucionistas e raciais, tão em moda nessa época, eram a principal sustentação da antropologia criminal. Para as classes dominantes da América Latina, seria a melhor explicação para justificar o surgimento dos “resistentes” à “ordem”, cumprindo assim esta nova ciência uma importante função ideológica, precisamente porque estes países eram formados por diferentes grupos raciais (OLMO, 2004, p. 173).

Eis a razão pela qual pensamos que o discurso da criminologia etiológica ou positivista é, ainda, utilizado como instrumento político de contenção e repressão dos “resistentes” à ordem estabelecida, habilitando um poder verticalizador que é comum nas sociedades colonizadas, em que “(...) o poder punitivo ou repressor foi empregado para convertê-las em imensos campos de concentração para os nativos (dado que todos eram considerados biologicamente inferiores)” (ZAFFARONI, 2007, p. 46).

O discurso penal e criminológico sobre indígenas, de cariz positivista, os reduziu, por vezes, à condição de selvagens, justificando-se a necessidade de conversão, pela intervenção do Estado, dos mais rebeldes, então considerados como verdadeiros “inimigos” (*idem*, p. 47).

A criminalização de indígenas segundo tais critérios tem por suporte legislativo o Estatuto do Índio que, mesmo sem ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, continua a autorizar o exercício de um poder punitivo etiológico, que considera os indígenas sob diversos graus de evolução, informados pelo contato interétnico, para reconhecer ou não seus direitos. Esta função não manifesta do Estatuto torna-o uma “lei penal latente” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 89) e,

(...) quando elas são reconhecidas, devem passar a fazer parte do objeto de interpretação do direito penal como saber jurídico, porque consubstanciam casos de criminalização indevidamente subtraídos dos limites do direito penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa, ainda que seja apenas para proclamar sua inconstitucionalidade (...) (*idem*).

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, a interpretação do modelo punitivo adotado pelo Estado para a resolução de conflitos deve levar em consideração não só as “funções manifestas” (declaradas, públicas) atribuídas pelo poder estatal às instituições para o exercício desse poder de punir, como, também, as “funções latentes” ou “funções reais”, não expressas pela lei, que habilitam o exercício punitivo de modo muito mais incisivo e, portanto, devem ser submetidas a controle (*idem*, p. 88).

As agências políticas – compreendidas como “(...) os parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos” (*idem*, p. 60) – institucionalizam seu programa punitivo por meio de leis penais (criminalização primária) que contêm, assim, manifestamente aquela função. Mas, o conceito de lei penal deve ser ampliado, abrigo toda lei que, embora declaradamente não punitiva (como são as leis assistenciais e tutelares), habilita uma intervenção estatal cujos efeitos conduzem à redução de liberdades públicas e, logo, reforçam um Estado autoritário, apenas contido pelo modelo de Estado de Direito (*idem*, p. 90).

Adotamos, portanto, como marco epistemológico, a criminologia crítica, em razão de sua missão desmistificadora ou decodificadora do sistema penal ao “(...) investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática” (BATISTA, 2011, p.32).

Por criminologia crítica entende-se o conjunto de teorias da criminalidade e da reação penal que se oferecem como alternativas à hegemônica criminologia positivista, marcada pela explicação biopsicológica e causal dos comportamentos criminalizados. É “[o]pondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, [que] a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a

relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais (...)” (BARATTA, 2002, p. 160).

Nossa diretriz metodológica, dentro da criminologia crítica, é a criminologia da libertação (ou criminologia liberacionista), cujo propósito é o de empreender uma teoria crítica do controle social que se detenha “(...) sobre a realidade sociopolítica concreta do continente” (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 21) latinoamericano, desvelando a influência de uma “ideologia ocultadora” (*idem*, p. 55) que serve à manutenção da ordem hegemônica segundo preceitos da criminologia etiológica produzida nos países europeus.

Ela promove uma “transmodernidade” (ELBERT, 2012, p. 113), na medida em que permite um “pensar descolonial” sobre as teorias críticas desenvolvidas como parâmetros da modernidade, tanto em Marx como na Escola Crítica frankfurtiana, com o objetivo de voltar-se “(...) a um pensamento crítico *de fronteira*, ao pretender descolonizar o saber e o ser, sem ver uma ruptura epistêmica no sentido de Foucault, ou em uma mudança paradigmática no sentido de Kuhn” (*idem*).

Além disso, a criminologia da libertação exerce um papel transformador – e não reproduzidor – da realidade analisada, pois, conforme Lola Aniyar de Castro, “[s]e a auto-reflexão é esclarecedora, porque transforma em transparência a opacidade do discurso ideológico necessário para legitimar o sistema, e essa transparência destrói, por sua vez, a opressão, então a prática teórica é transformadora e emancipadora” (2005, p. 62). Transformação que se volta à desconstituição do saber colonial, proveniente de uma importação acrítica da visão eurocêntrica, e que engendra relações desiguais e de exploração. Mesmo porque, conforme Carlos Alberto Elbert,

[a] lógica colonial vem a ser, então, um padrão de poder colonial, sendo preciso, para romper com ele, gerar uma ruptura epistêmico-espacial, mediante uma epistemologia localizada, que habite a memória, a língua e os costumes locais, ou seja, um “ser onde se pensa” (2012, p. 112-113).

Entendemos, assim, que desvelar a função latente de criminalização de indígenas (por essência etnocida e racista), desempenhada pela legislação indigenista vigente, pela dogmática e jurisprudência penais majoritárias contribui para a sua superação e acena à possibilidade de construção de alternativas que sejam consentâneas ao respeito à diversidade étnica e à condição de sujeitos de direitos que constitucionalmente se asseguram aos povos indígenas e seus membros. Destacamos, para a realização deste trabalho, três elementos constituintes desta metodologia crítica:

a) a problematização do objeto de estudo conforme suas circunstâncias históricas e sociais, analisando as fontes doutrinárias e normativas que desempenham papel central na criminalização de indígenas;

b) o exercício de uma “compreensão intuitiva” e não de uma “racionalidade tecnocrática”, de sorte a se poder analisar o controle social segundo seus propósitos não revelados e, por fim;

c) o comprometimento com uma “prática teórica transformadora”, que seja conscientizadora da dominação exercida pelas formas implícitas de controle social e, pois, libertadora (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 62-63).

Libertação das estruturas exploradoras; especialmente, mas não exclusivamente, através de uma libertação da ocultação das relações de poder e do funcionamento mascarado dos interesses. Libertação do discurso educativo, religioso, artístico, jurídico e criminológico, vinculados àquelas relações de poder. Libertação da razão tecnológica que contrabandeia para nossos países um conceito artificial de desenvolvimento. Tudo isso em benefício do valorativo, em função do homem e de sua expansão material e espiritual ao mesmo tempo (*idem*, p. 110).

Guiados por tais diretrizes, passaremos à análise dos discursos criminológicos e dogmático-penais sobre indígenas, produzidos pelas agências de reprodução ideológica e que são o suporte de decisões judiciais sobre o tema, com a finalidade de averiguar se tais agências alteraram seu arcabouço conceitual ou se mantiveram inalterado o paradigma de explicação causal da criminologia etiológica ou positivista.

CAPÍTULO II

O DIREITO PENAL (E O) INDÍGENA

2.1 Direito penal indígena

A busca por critérios de universalização do direito (compreendido em seu viés positivado como a organização sistêmica de normas escritas, elaboradas por um poder constituído, dotadas de coercibilidade e de caráter abstrato e generalizante) sucumbe às diversas manifestações políticas e de organização social que, interna e externamente, concorrem à realidade do Estado.

Embora não constituam mônadas, dado seu interrelacionamento, as diversas manifestações do político e jurídico se apresentam como autossuficientes, à medida que se bastam em si para refletir a noção de jurídico dos grupos aos quais se vinculam.

Afinal, “[d]ireito (*ius, droit, Recht, Law, pravo*) é uma noção que não tem correspondente preciso em todas as culturas. A *sharia* islâmica, o *fa* da tradição chinesa, o *dharma* indiano não coincidem totalmente com o ‘direito’. Devemos, portanto, saber da presença não universal da categoria ocidental ‘direito’” (SACCO, 2013, p. 10).

Mesmo porque, como ensina José Eduardo Faria, “[a] percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica identificável com a consolidação do Estado liberal” (*apud* BATISTA, 2013, p. 56).

O pluralismo jurídico é uma realidade da qual o jurista não pode prescindir, considerando-se que a realidade estatista e legalista do direito não é universal, nem a única vigente para a regulamentação das relações múltiplas na sociedade. Opõe-se, portanto, ao monismo, na medida em que o pluralismo, reconhecendo a diversidade, representa a “(...) existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, 2001, p. 171-172).

Por essa razão,

[o] pluralismo jurídico focaliza sua atenção nos subgrupos sociais, na interação entre a ordem das comunidades locais e a ordem normativa superior, nos tratamentos diversificados dos conflitos que se apresentam no interior do grupo restrito e daqueles que ocorrem entre grupos diversos; contrapõe o direito oficial e o não oficial e toma como alvo a identificação do direito com o Estado (SACCO, 2013, p. 94).

Sem a pretensão, entretanto, de realizar ao estudo das diversas organizações sociais dos povos indígenas no Brasil, analisaremos o direito penal indígena, tal como descrito pela doutrina jurídica, com o intuito de desvelar os argumentos centrais que sustentam, simultaneamente, a inaplicabilidade de suas normas pelo Poder Judiciário e a ideia de inferioridade dos indígenas.

Procedendo à comparação²⁸ entre as normas produzidas pela sociedade estatal e aquelas decorrentes da organização das sociedades indígenas, diversos juristas brasileiros enxergaram nas etnologias produzidas em fins dos séculos XVIII e XIX um compêndio de regras às quais seria possível reportar-se como formadoras de um direito penal indígena.

Analisado segundo os critérios do dogmatismo jurídico, é ele reconhecido quase unanimemente como pouco influente na definição dos contornos das normas penais do Estado, embora se lhe atribua o mérito de descrever características que seriam comuns a todos os povos indígenas, vinculadas a seu suposto primitivismo.

Assim é que, analisando as legislações penais que precederam o Código Penal de 1940, Osman Loureiro escreveu que, ainda que se pudesse reconhecer na organização dos indígenas preceitos de um direito público e direito internacional, a influência destas normas não teria sobrevivido “(...) ao toque do direito metropolitano. Este, como já se tem dito, desbancou por completo as instituições dos autóctones, de modo a que dos costumes jurídicos dos brasis não restaram vestígios incrustados na legislação pátria” (1955, p. 8). Nesse sentido, E. Magalhães Noronha: “É intuitivo que as práticas punitivas dos homens, que aqui habitavam, em nada podiam influir sobre a legislação que nos rege, após o descobrimento” (1959, p. 76).

Para Francisco de Assis Toledo, o direito penal indígena “(...) era tão primitivo e rudimentar quanto a formação cultural dos aborígenes que habitavam esta parte do

²⁸ Rodolfo Sacco diferencia a antropologia jurídica do método de comparação jurídica. Segundo o autor, embora ambas tenham um mesmo objeto, diferem pelo fato de que aquela ciência estuda o homem em sua diversidade para conhecê-lo em sua totalidade, ao passo que o jurista, como intérprete, avalia entre as culturas comparadas o que é benéfico ser ou não mantido para o direito de sua própria localidade (SACCO, 2013, p. 17).

continente americano” (2010, p. 55). Júlio Fabbrini Mirabete reporta-se à noção de evolução dos indígenas para rejeitar a influência de seu direito. Para o autor,

[q]uando se processou a colonização do Brasil, embora as tribos aqui existentes apresentassem diferentes estágios de evolução, as ideias de Direito Penal que podem ser atribuídas aos indígenas estavam ligadas ao direito costumeiro, encontrando-se nele a vingança privada, a vingança coletiva e o talião (MIRABETE, 2003, p. 42).

Álvaro Mayrink Costa reforça esse quadro de primitivismo dos indígenas, ao afirmar que “[n]o Brasil, a incultura do povo nativo, a falta de governantes e de justiça organizada o mantiveram nos primeiros degraus em matéria repressiva” (2009, p. 259). Esse também é o entendimento de José Henrique Pierangelli, para quem “(...) o direito penal indígena, pelo seu primitivismo, em nenhum momento chegou a influir no desenvolvimento do nosso direito penal” (2004, p. 44), e de José Honório Rodrigues, para quem a “suavidade brasileira na punição do crime de furto” não deve referir-se à influência dos ameríndios sobre o europeu, considerando que aqueles puniam os crimes contra a propriedade individual com maior rigor do que puniam os crimes contra a vida. “Por isso também é que se diz, com acerto, que reinava no sertão muito maior respeito pela propriedade do que pela vida humana. Ladrão era e ainda é hoje o mais afrontoso dos epítetos” (RODRIGUES, 1969, p. 158).

Nem todos relegaram o direito penal indígena a este estado de inferioridade. Para Rodrigo Otávio, por exemplo, não é possível dizer que os indígenas seiscentistas não conheciam lei. Prova-o a existência de rituais em tempos de paz e guerra, como batismos, casamentos, celebrações fúnebres, punição e aprisionamento de inimigos, sob condução de lideranças incontestes (“morubixabas”) – de sorte que “[d]epois desse conjunto de tradições e costumes, não se poderá dizer que os selvagens não possuíssem, mesmo em estado de esboço, um sistema jurídico (...)” (OTÁVIO, 1946, p. 29).

Mesma opinião tinha Roberto Lyra, que, em compêndio de textos sobre os costumes indígenas, concluiu “(...) que os índios, sobretudo as tribos mais adiantadas, como os tupis, tinham nos costumes a nítida imagem de um Direito Penal e de um Direito Judiciário Penal e que até o perdão e a assistência aos menores abandonados esboçaram-se nessas sociedades” (in SOUZA FILHO, 1992, p. 136).

Contudo, a maioria da doutrina jurídica considera o direito penal indígena como produto de uma organização social ínfima e precária. Mesmo baseando-se na suposta inferioridade intelectual dos indígenas no Brasil, Pierangelli afirmou que “(...) o direito, como um todo, e também o direito penal, era encontrável na consciência dos índios, e

que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado” (2004, p. 42).

Por esta razão, a coação da pena era despicienda: a liberdade de atuação do indígena não encontrava como limite a repressão de uma pena, pois na medida em que, com seus atos, lesasse interesse alheio, ver-se-ia entregue à sorte determinada pelo ofendido ou seria banido do grupo, a depender da gravidade da sua conduta.

Os crimes mais graves, ainda conforme Pierangelli, eram o homicídio, as lesões corporais, o furto, o rapto (sequestro com fins libidinosos), o adultério da mulher e a deserção (*idem*). Por outro lado, a prática do aborto era costumeira e os crimes patrimoniais não assumiam grande importância (*idem*, p. 43).

Os autores, em geral, ao se debruçarem sobre o direito penal indígena, encontram por norte as considerações de João Bernardino Gonzaga, em monografia voltada à investigação da penalidade nas sociedades indígenas à época da invasão das terras brasileiras, no século XVI.

Na obra intitulada “O direito penal indígena – à época do descobrimento do Brasil”, o autor parte da noção de que o direito está (como sempre esteve) presente em todo agrupamento humano, daí que se propõe a investigar a penalidade dos povos indígenas a partir de relatos de viajantes, missionários e colonizadores nos séculos XVI e XVII, quando da colonização das terras brasileiras.

Apona como dificuldades para o desenvolvimento do tema o fato de serem os indígenas “incultos” (pois que não teriam deixado documentos que descrevessem suas próprias leis), bem como a presença de um “imenso desnível” entre as civilizações comparadas, tanto que os indígenas brasileiros não teriam influenciado o direito de seus conquistadores (GONZAGA, s.d., p. 12).

Outra dificuldade por Gonzaga apontada é também a multiplicidade de povos indígenas e, logo, a variação de seus regramentos e costumes. Ainda assim, apoiando-se em Martius²⁹, fala em “nação tupi” e “sociedades menores” – os “tapuias”, decidindo-se por basear seu direito penal indígena quanto às informações sobre o primeiro grupo.

²⁹ Em uma nota de rodapé, após reconhecer que já a etnologia desenvolvida a seu tempo vedava toda generalização, afirmou Gonzaga que há certos pontos comuns a todos os grupos que permitiriam “razoável generalização” (s.d., p. 14). Baseia-se numa observação feita por Martius quanto à imensa variabilidade de povos e seus costumes e que se transcreve por completo a seguir: “Encontramos no Brasil uma população indígena pouco numerosa e irregularmente distribuída, de aspecto physico, temperamento, inclinação moral, costumes e modo de vida mais ou menos idênticos, mas que, em suas línguas, apresenta uma diversidade effectivamente surprehendente. Não só grupos maiores e estensas tribus destes selvagens se assimilham na língua ou se approximam nos dialectos mas, muitas vezes, uma

Assim, dispensa a análise detida de peculiaridades de cada população e cultura por não a entender possível sequer necessária. Chega a duvidar da veracidade de suas fontes de estudo, pois que os cronistas teriam sido viajantes de ligeiro contato com os povos indígenas descritos, anotando “curiosidades”. Esta modificação da “disposição de espírito” (*idem*, p. 15) de um autor para outro, faria com que muito se soubesse sobre aspectos da vida material e religiosa dos índios e pouco sobre sua organização social.

Diante deste quadro que o autor reconhece como “fragmentário e incompleto” (*idem*), Gonzaga cita João Ribeiro e Gilberto Freyre para complementar seu estudo. Sendo “gente da mais ínfima civilização” (RIBEIRO, 1935, p. 49), os “tupis” estavam imersos num “profundo atraso” (GONZAGA, s.d., p. 18), o que justificava designá-los como “(...) uma das populações mais rasteiras do Continente” (FREYRE, 1969, p. 126), estando ainda atrás deles muitos outros grupos que se encontravam em estágio “inferior ao da maior parte das áreas de cultura africana”, de onde – completa Gonzaga – foram importados escravos ao Brasil (*idem*).

Dessa sorte, diz o autor, entre os indígenas brasileiros “(...) jamais houve a estabilidade que é uma das condições propiciadoras do progresso” e, vivendo “(...) em plena idade da pedra lascada”, com economia de subsistência, “(...) nessa ‘cultura de floresta tropical’, estagnada e vegetativa, não se vislumbra nenhum dinamismo, nenhuma semente de progresso, que justifique falar-se em autêntica organização jurídico-social” (*idem*, p. 19). Marcados pelo nomadismo – um “(...) permanente deambular sem rumo, uma vida instável, um eterno render-se à natureza, em vez de procurar dominá-la” (*idem*, p. 18) – os povos indígenas careceriam também de governo e chefia (só presente nas situações de guerra, não de paz).

Gonzaga reconhece que os grupos estudados, tal como vistos pelos cronistas, podem ter tido suas peculiaridades exageradas, a ponto de serem sufocadas suas “qualidades” – mas, conclui, “(...) em nada impede reconhecer que o seu grau de cultura era baixíssimo” (*idem*, p. 20). Sequer poderiam ser comparados aos antigos germanos, pois que estes tinham governo e tribunais constituídos por assembleias de homens livres, bem como demonstravam possuir “forças do progresso” como resultado da impregnação da civilização romana, enquanto que os “[n]ossos indígenas, ao revés, jamais se mostraram aptos para trilhar igual evolução” (*idem*).

língua é limitada a poucos indivíduos aparentados, sendo uma verdadeira instituição familiar que isola áquelles que a uzam de todos os outros povos, próximos ou distantes, e isso tão completamente, que exclue toda a possibilidade de uma compreensão recíproca por seu intermédio” (MARTIUS, [1938?], p. 20).

Certo de que não seria possível apontar coesão na organização jurídico-social dos indígenas, o autor refutou também a posição defendida por Roberto Lyra (quanto à possibilidade de se falar não só em direito indígena como também em subdivisões deste – em direito penal, direito internacional, direito penal militar e direito judiciário penal)³⁰. Para Gonzaga,

[n]a verdade, essas fontes não revelam a instituição de órgãos judiciários, nem a existência de um Direito como conjunto de normas, ainda que orais e consuetudinárias, racionalmente organizadas e impostas metodicamente por um Poder superior, para assegurar a justiça e a disciplina social. O que encontramos, mais modestamente, são meros costumes, tradições oralmente conservadas, em geral de natureza mística; e simples regras de convivência, fruto das necessidades naturais, como forçosamente tem de existir em todo agregado humano (*idem*, p. 21).

Ainda assim, seria possível apontar como que uma incipiente organização político-social dos tupis, sempre tendo em conta o quanto nos relataram os cronistas: distribuída a “nação tupi” em aldeias ou tabas, suas habitações coletivas (malocas) presenciariam a maioria dos atos públicos da comunidade, ocorrentes no “terreiro” em que se localizavam. Nelas, a família, comandada pelo marido, ocuparia a posição maior da hierarquia de poder. Outras personalidades teriam também destaque: o “principal” da maloca; o “cacique” ou “morubixaba”, como chefe da comunidade; o líder guerreiro; a influência dos mais velhos; o “pajé”, simultaneamente curandeiro e líder religioso. Porém, para Gonzaga, “[o] regime igualitário em que viviam os indígenas era outro obstáculo à formação de um tribunal investido de tais poderes” (*idem*, p. 32), referindo-se aos exercidos com função judicial nas comunidades.

O que contribuía para a manutenção da ordem social – que, como reconhece o autor, “(...) independia da presença de órgãos governamentais e judiciários” (*idem*, p. 37) – era não só o estreito círculo de convivência do indivíduo com toda a coletividade como também o “ultra-conservadorismo” destas sociedades, apegadas às tradições e obedientes aos ensinamentos de seus antecessores. Soma-se, ainda, seu misticismo acentuado, pois que “[s]em possibilidade de compreender a tessitura causal que entrelaça os fenômenos da natureza, preso a superstições, [o indígena] não dispunha de meios para discernir qualquer diferença entre o plano natural e o sobrenatural, que se confundiam na sua mente” (*idem*, p. 42) – o que revelaria ser ele “um homem mentalmente atormentado” (*idem*).

³⁰ Roberto Lyra considera, aliás, que “[a]s normas consuetudinárias dos índios eram mais humanas do que as normas escritas dos colonizadores” (LYRA, 1977, p. 35).

Apesar disto – prosseguirá o autor – a ausência de “fatores criminógenos” nestes povos é uma constante nos relatos dos cronistas, justificável pelo conservadorismo extremado e pelas condições materiais de existência.

De fato, dentro da nossa concepção de valores individuais e sociais, – que crimes esperar de gente que desconhecia o dinheiro, que se contentava com o estritamente necessário para uma subsistência frugal, em que não havia patrimônios particulares, mas em que os bens de consumo eram igualmente partilhados, em que a totalidade das pessoas estava nivelada por idêntica simplicidade; cuja vida afetiva se unia no matrimônio por laços tão frágeis e que não tinha noção de pudor; que crimes esperar de homens sem nenhuma ambição, nenhuma paixão, se não a da glória à custa do inimigo comum? (*idem*, p. 48).

Diante desta descrição fragmentária de seu objeto de estudo, o autor antecipa-se a responder a dúvida sobre o que permitiria apontar, então, a ocorrência de um direito penal indígena nestas sociedades consideradas precárias. E a resposta estaria na própria rudeza.

Segundo Gonzaga, “(...) devido à pobreza dos seus esquemas de relações pessoais, uns poucos costumes se revelam suficientes para disciplinar a vida do agregado. São tradições, convencionalismos, tabus, que têm como pano de fundo concepções místicas” (*idem*, p. 56). Estes regramentos (“mores”) impregnam a consciência da coletividade, “(...) aos quais todos prestam natural e inconsciente obediência” (*idem*) e dispensam o estabelecimento de regras sobre a ordenação da vida social em tempos de paz, sendo exceções as regras que visam punir aqueles que transgridem tais convencionalismos.

O momento da infração seria o único que suscitaria uma reação do grupo – e, logo, a punição seria, para o autor, o fato histórico representativo dos “primeiros rudimentos de atividade jurídica” (*idem*, p. 57). Eis a essência do direito penal indígena.

Este direito, no entanto, não poderia ser compreendido como um sistema, ao menos não como concebemos um: para o autor, o indígena careceria de logicidade em suas conclusões, sendo sempre orientado por uma mente “mística e pré-lógica”, em que as “forças ocultas” definiriam seu pensar, sentir e agir. Distante de compreender a lei da causalidade, o indígena veria na causa apenas uma “ocasião” daquelas “forças”, não sua razão (*idem*, p. 65), em decorrência de seu modo de vida integrado à natureza.

(...) Assim, quando algum mais dotado procede a sistematizações e a novas descobertas nesse campo, encontra fácil receptividade por parte dos demais. O que inegavelmente falta, entretanto, é igual vocação e a mesma receptividade para as construções lógico-abstratas, que constituem o alicerce do pensamento jurídico. Esse o motivo do profundo atraso em que se acham

todas as instituições primitivas que dependam a priori de tal tipo de raciocínio. E, quando consegue algum povo alçar-se nesse domínio, aí está um sinal seguro de que começa a emergir do estado bruto (*idem*, p. 67-68).

O autor não chega a sobrepor “ciência” à “magia”. Compreende-as como modos distintos de ordenação da realidade circundante, variável pelos moldes culturais e por “duas estruturas de pensamento” também diversas. Os guiados pela “magia” apenas denotariam em suas conclusões a afetividade que possuiriam em relação a tudo no universo, concebendo-o não por relações causais, mas por um jogo de imagem e semelhança de seus sentimentos com ocorrências externas – promovendo o fenômeno de “espiritualização de toda a natureza”. Diz Gonzaga:

O ponto de partida da cultura primitiva está, pois, nessa afetividade, sobre a qual entretanto repousa um raciocínio que se desdobra coerentemente. As conclusões que tira são logicamente válidas. As premissas de que partem é que se revelam falsas (*idem*, p. 72).

Os tabus teriam também influência decisiva na formulação dos “mores” e na aplicação das sanções e, deste modo, os tupis trabalhariam com “tipos criminais completamente abertos”, pois, como afirmava Gonzaga, nas sociedades indígenas “(...) será delituosa qualquer ação que, eventualmente, se reputar responsável pelo desencadeamento das forças mágicas” (*idem*, p. 81), independentemente da observância da lei de causalidade que, para o autor, constituiria o cerne do pensamento jurídico.

Gonzaga ressalta ainda a “insensibilidade física e moral” dos indígenas (vista em rituais de iniciação espiritual, descritos como ferozes pelos cronistas) como traço de sua personalidade criminosa, secundando as observações de Lombroso (*idem*, p. 83).

Sendo “grosseiros e estóicos” (*idem*, p. 84), os indígenas apresentariam esta característica por sua conformidade ao misticismo, que imporia a negação de toda sensação de infelicidade aos seus seguidores – já que a infelicidade, nestes grupos, desqualificaria moralmente o sofredor que, logo, aceitaria em silêncio o seu castigo. Tais descrições representariam nada mais que a primeira etapa da “evolução do conceito de responsabilidade penal”.

Para Gonzaga, só se justifica a aplicação da lei penal quando são somados os seguintes requisitos: a) “imputabilidade” (concebida como a exigência de pessoa mentalmente capaz de ser sancionada); b) “causalidade física” (compreendida como o nexos entre a conduta livre do agente e o fato a ser reprimido) e, por fim, c) “causalidade psíquica” (entendida como a projeção de uma atitude espiritual do agente, por dolo ou culpa, num evento delituoso, o que autor define como “culpabilidade”) (*idem*, p. 95).

O direito penal construído sobre tais alicerces abrigaria em si o “princípio da personalidade da responsabilidade criminal”, já que não puniria todo e qualquer evento lesivo à tessitura social, mas tão somente aqueles causados intencionalmente por um agente ou por sua negligência, imprudência ou imperícia. Além do mais, sua aplicação não se daria por critérios subjetivistas, dado que a um poder sancionador seria atribuída a tarefa de fazê-lo efetivo.

O direito penal indígena, por sua vez, seria confundido com a vingança privada, traduzindo o “princípio da responsabilidade objetiva”, de feição coletiva, em que pouco importa a participação da vontade do agente, mas sua presença na ocasião dos fatos. Isto, para Gonzaga, ressoa no senso comum, inclinado à responsabilização criminal a todo custo daqueles que ocasionam um fato delituoso, ainda que sequer culposamente. Esta vingança privada “(...) pode persistir e teve aceitação popular porque representava também a sobrevivência de formas arcaicas de reação contra o crime, profundamente enraizadas em imemoriais costumes e nos instintos humanos” (*idem*, p. 97).

Por fim, também se pode enxergar o primitivismo do direito penal indígena nas punições passadas a faltas de caráter religioso ou divinatório, como aquelas descritas pelas Ordenações Filipinas quanto aos crimes de lesa-majestade. Conclui Gonzaga: “Assim, será remontando à mentalidade primitiva, onde se vão encontrar as matrizes das quais se originaram essas concepções, que compreenderemos muita coisa do que se passou com o Direito Penal em sua longa trajetória” (*idem*, p. 98).

Feito o apanhado geral do conteúdo da obra de Gonzaga, passamos aos seus alicerces e alcance, tendo em vista seu aproveitamento por outros autores.

O primeiro ponto a ser considerado é o de que, embora o autor coteje ao longo de sua pesquisa as informações sobre a organização social dos povos indígenas no Brasil, colhidas de crônicas seiscentistas e setecentistas, com fontes então mais recentes de etnologia e etnografia, a escolha do âmbito temporal de estudo (séculos de invasão e colonização territorial) como basilar para o desenvolvimento de sua pesquisa faz ressaltar a ideia de que, para Gonzaga, os povos indígenas não são sujeitos históricos.

Isto porque, na sua visão, seriam eles povos remanescentes e que, portanto, continuariam a reproduzir a vida de seus antepassados sem alterações. Os indígenas teriam parado no tempo. Operariam sempre um *modus vivendi* estacionário, o que se reforça pelo persistente critério de taxonomia dos povos indígenas como componentes de graus inferiores da civilização e divididos em dois grandes grupos – tupis e tapuias – desmentidos pela etnologia contemporânea.

A história seria marcada pelo progresso e evolução retilínea, ascendente, posta em marcha pela civilidade europeia ocidental e desconhecida do primitivismo marcante nestes povos originários, despossuídos das “forças de progresso”. Eis a mesma orientação de Pierangelli, que em suas considerações refere-se sempre aos indígenas no passado de nossa história.

Em segundo lugar – e apenas como uma prolongação da tese anterior – chega o autor a concluir que não se poderia falar propriamente em direito entre os indígenas, pois que faltaria na sua organização social o elemento de poder político. Ou melhor: a coercibilidade, aí confundida com a natureza do poder, não aparecia nos escritos de cronistas. Esta identificação primeira entre poder e coerção é o que, aliás, determina a caracterização destas sociedades como apolíticas: sem chefia, sem governo, sem Estado (desdobramentos do velho mote “sem fé, sem lei, sem rei”).

Evoluídas e civilizadas seriam as sociedades com chefia, com leis, com Estado, com economia de produção (excedente) e consumo – sociedades, enfim, distantes de um estágio primitivo (primeiro) de indistinção entre os homens, iguais pela ausência de poder coercitivo e pela incoerência de uma economia de mercado. Definidas pela negatividade (mesmo quando se diz que possuem economia de subsistência, dada sempre como precária e rudimentar, nunca como o que significa em si – economia do suficiente), as sociedades indígenas são encaradas como atrasadas na evolução humana – determinada, ao contrário, por aquelas positivamente.

Para Gonzaga, o direito seria o conjunto de normas escritas, orais ou consuetudinárias, organizadas racional e metodicamente, e aplicadas por um poder central com o fim de assegurar a justiça e a disciplina social (*idem*, p. 21).

Afirma, ao longo do estudo, haver nas sociedades indígenas regras, costumes e tradições que mantinham coeso o grupo (os “mores”). Por igual modo, reconhece-lhes a logicidade de suas construções – ainda que baseadas, a seu ver, em premissas errôneas, dadas pelo misticismo. Por fim, conclui que “[o] Direito assim constituído será forçosamente esquemático, nebuloso, mas nem por isso deixa de representar um instrumento de conservação da ordem pública” (*idem*, p. 123). O direito penal indígena apresenta, portanto, todos os elementos que outrora o autor reconheceu como indispensáveis para a configuração do direito: estão presentes normas consuetudinárias, organizadas racional e metodicamente, que asseguram a justiça e disciplina social. Falta-lhe, entretanto, um elemento: a coerção (aplicação por um poder central).

É possível concluir, portanto, que, para o autor, o que afasta deste direito o seu caráter de racionalidade é justamente a ausência de um poder coercitivo que o aplique perenemente, em tempos de guerra e de paz, desconsiderando que a hierarquização entre os membros não estava presente no cotidiano das sociedades indígenas, mas tão só em períodos de turbulência, em que a sobrevivência do grupo se arriscava.

Eis a razão pela qual Gonzaga chega a afirmar que “[o] regime igualitário em que viviam os indígenas era outro obstáculo à formação de um tribunal investido de tais poderes” (*idem*, p. 32). A coercibilidade é, portanto, a nota distintiva do direito, na visão do autor. Ao passo que reconhecia a existência nas sociedades indígenas de regras consuetudinárias (ainda que “místicas”), negava sua configuração como propriamente jurídicas, em decorrência da inexistência formal daquele poder-coerção como núcleo irradiador da ordem.

Afinal, para o autor, “[n]ão cabe estranhar a ausência de governantes entre os nossos silvícolas, por ser isso freqüente nos povos que se situam em baixos níveis de civilização” (*idem*, p. 22). Um argumento tautológico: os povos indígenas compõem os “baixos níveis de civilização” por não terem governo próprio que os comande. E não o têm justamente por ocuparem os “baixos níveis de civilização”.

O primitivismo de seu direito penal indígena seria comprovado pela própria evolução social, que vincularia todos os povos, tendo por ponto máximo de progresso a concentração do poder de punição num órgão central. Assim:

O que varia é o modo de realizar-se a vingança. Se, num primeiro momento, permanece em larga margem entregue à discricção da vítima, o progresso neste terreno consiste em restringir-se cada vez mais a liberdade com que é exercida: na medida em que se aperfeiçoa a organização coletiva, da anárquica vingança privada, emotiva e gerador de excessos, o aparecimento de um Poder central leva para a composição pecuniária; opõem-se limites à intensidade da reação, indicam-se aqueles que poderão sofrê-la; e chega-se afinal à substituição da vingança pela pena, a cargo exclusivamente do Poder Público (*idem*, p. 123).

Desta forma, o direito penal indígena, dada a falta de um poder central que o aplique e de uma organização judiciária institucionalizada, é, para Gonzaga, o quadro da primeira etapa evolutiva dos sistemas punitivos em geral e resultado de povos que se “(...) mantiveram nos primeiros degraus em matéria repressiva. As idéias fundamentais por que se regia o indígena a esse respeito são facilmente perceptíveis, porque coincidentes com as do seu estágio de civilização” (*idem*. 123-124).

Significa dizer, por outro lado, que segundo uma interpretação de evolução da sociedade, o progresso da humanidade civilizada estaria assentado na dissociação do poder político do corpo social, sendo entregue ao Estado como o único detentor do poder de punir. São conclusões, pois, etnocêntricas e etnocidas as que marcam o lugar das sociedades indígenas sempre abaixo da civilização europeia; são elas sempre inferiores, sempre atrasadas. Esta inferioridade sobreviria, entretanto, não somente de sua organização político-social, mas seria o reflexo de outro fenômeno: a deficiente constituição biopsíquica dos seus membros.

Ao ingressar propriamente no estudo do que entende por direito penal indígena, Gonzaga se detém sobre a constituição psíquica dos membros daquela “nação tupi” e, em termos gerais, dos indígenas, marcados por uma “mentalidade primitiva”, “atormentada”, “mística e pré-lógica”. Tais qualidades é que impediriam a ascensão destes grupos a um nível maior de civilidade, pois as construções lógico-abstratas constituiriam o “alicerce do pensamento jurídico”. Sem estas, os indígenas estariam fadados a permanecer num grau inferior, exceto quando um ou outro indivíduo, mais “dotado”, percebesse relações causais na Natureza e as passasse aos conterrâneos – ocasião em que encontraria neles “fácil receptividade” de suas ideias.

Exatamente porque não conseguiram levar avante qualquer reflexão lógico-abstrata, permaneceram em estado de embrutecimento, suas necessidades se conservaram muito limitadas, jamais progrediram. A economia manteve-se paupérrima, imediatista, de mera subsistência. A tecnologia, extremamente rudimentar. A lavoura, diz Thevet, “é fruto apenas do suor e esforço puramente humano” (*idem*, p. 70).

Mesmo assim, faltaria sempre o essencial nestas sistematizações indígenas: a logicidade e abstração em seus raciocínios. Embora o autor não tivesse sobreposto “ciência” à “magia”, afirmou que as premissas da segunda seriam falsas e aí o engano dos indígenas que por elas se guiariam. “E quando consegue algum povo alçar-se nesse domínio [o de logicidade e abstração], aí está um sinal seguro de que começa a emergir do estado bruto” (*idem*, p. 68).

Chega o autor a afirmar que se a tortura, entre os indígenas, tivesse sido descrita pelos cronistas como mecanismo de investigação, serviria como um paradoxal exemplo daquela ascensão da “mentalidade primitiva”, pois estaria próxima de um sistema inquisitorial que é, ao menos, pautado ideologicamente por uma busca à verdade causal (*idem*, p. 128).

Sem que o tivesse acatado em aberto, o argumento de rebaixamento da condição humana dos indígenas seria reforçado nas suas conclusões finais. Nelas se pode apreender a negação de alterabilidade de uma natureza do indígena, identificada com um primitivismo insuperável.

Homem que vivia em mundo quase inteiramente diferente do nosso. Com valores que hoje não compreendemos. Com sentimentos, raciocínios, necessidades muito diversos dos que atualmente existem. E que, de conseguinte, se desfigura quando lhe vestem trajes de civilizado. É lá no seu meio natural, no seu ambiente físico, na sua formação espiritual, que o iremos encontrar como ele era realmente. Para estudá-lo, em suma, não podemos obrigar o índio a vir até nós. Devemos sair-lhe ao encontro; e somente então conseguiremos, quiçá, desvendar o sentido, a alma, as razões do seu Direito, distanciado do nosso por muitos séculos de progresso (*idem*, p. 165-166).

Como não podia prescindir da organização político-social entre os indígenas (sem a qual o direito penal indígena ruiria), avançou Gonzaga em colher todo tipo de descrição dos relatos sobre a “nação tupi” – objeto de estudo. Mas a bipartição dos mais variados grupos indígenas em “tupis” e “tapuias” – e a oposição entre ambos os grupos, colocando os segundos abaixo dos primeiros – não encontra rigor sequer entre os cronistas seiscentistas e setecentistas de que se valera.

Além de reconhecer como inexato o conteúdo do direito penal indígena, dadas as múltiplas variações (e exceções) encontradas entre um povo e outro, Gonzaga declarou que mesmo na “nação tupi” haveria grande alterabilidade de regramentos. Esta circunstância também fora apontada por Assis Ribeiro:

Há tantas controvérsias sobre os verdadeiros princípios da ‘moral indígena’ em terras brasileiras; são, às vezes, tão desencontradas as notícias a respeito dos índios que ficamos numa situação de insegurança ao afirmar ou contraditar certas questões pertinentes aos costumes dos selvagens, sob o ponto de vista jurídico (RIBEIRO, 1943, p. 49).

Em conclusão, pode-se afirmar que o direito penal indígena de João Bernardino Gonzaga, nascente de conteúdo incerto, destinava-se desde o início a ser um mero apanhado de curiosidades – como aquelas mencionadas pelo próprio autor em crítica aos cronistas europeus.

A literatura sobre o direito penal indígena quer conhecer a penalidade aplicada por variados povos a partir do reconhecimento de determinados elementos do arcabouço jurídico do observador, com seus valores construídos para uma sociedade civil cujo poder é de si separado e transferido ao Estado, como centro irradiador da ordem jurídica e único detentor do poder de punir.

Esta, aliás, é a principal característica que define a penalidade indígena como precária aos observadores, dado que entre os povos indígenas estudados o poder não é exercido coercitivamente por uma autoridade, coletiva ou individual, separada do corpo social e que se encontra a ela submetida por uma estrutura social hierárquica.

Afasta-se o caráter de juridicidade das suas normas, pois só se considera jurídico aquilo que se produziu sob o crivo da lei escrita, positivada, e se aplicou sob (ameaça de) coerção por um poder externo, identificado como a essência do poder político³¹ – o que, para Max Schmidt, ao relatar sua convivência com os índios da etnia Guató, em 1901, é um equívoco, pois este “Direito Executivo”, isto é, essa capacidade de se fazer cumprir a norma no corpo social, deveria ser investigado, “(...) na maior parte, no terreno psicológico” (1942, p. 264), pois que a ordenação social defluiria deste.

(...) A consequência pouco prática dessa determinação de conceito [da normatividade] resulta do fato de não podermos assinalar com a expressão “artigo de lei” as normas que regem as relações de uma comunidade, quando elas estão firmemente fundadas que são seguidas sem exceção, de tal modo que chegam a excluir a necessidade de uma força sancionadora contra a violação. Enquanto não houver clareza também neste ponto, que é o fundamento geral da definição jurídica, haverá grande dificuldade no trabalho conjunto da etnologia com a jurisprudência, que, ultimamente, cada vez mais lhe vai estendendo a mão (SCHMIDT, 1942, p 264-265).

O direito penal indígena de Gonzaga fica influenciado, no mais das vezes, por um olhar evolucionista, que tenta enxergar nos regramentos dos povos indígenas a primeira de várias etapas evolutivas e que, desenvolvidas no seu mais alto grau, têm como modelo de organização jurídico-social o mesmo de seus analisadores.

A variabilidade de preceitos, procedimentos e regramentos entre os povos é descartada do estudo de Gonzaga, que teima por enxergar no múltiplo o uno, do mesmo modo como conceitua o indígena (arquetípico) dentre uma amplidão de indivíduos.

³¹ Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, considerar como Direito Indígena tão-só o que foi produzido antes da invasão das terras americanas reproduz a “interpretação etnocêntrica” dos juristas que se debruçam sobre o tema, pois que esta “(...) pressupõe a unicidade do Direito Estatal de tal forma que só admite direitos das sociedades indígenas enquanto não houve Estado, português ou brasileiro, que providenciasse um Direito único com sua fonte exclusiva ou, pelo menos prioritária, a Lei”. E ainda, quanto à obra de João Bernardino Gonzaga referida, conclui que o autor, “(...) admitindo a existência do Direito em povos não organizados estatalmente, já a partir do título que deu a seu trabalho: ‘O Direito penal indígena à Época do Descobrimento do Brasil’, descarta a possibilidade daquelas normas e sanções estarem sendo aplicadas ainda hoje pelos remanescentes indígenas. Além disso, a leitura do livro ressalta todo o preconceito da sociedade européia em relação aos povos americanos, são constantes termos como ‘primitivismo’, ‘estado tosco de organização social’, etc. Mas o grande equívoco em relação às análises do Direito Indígena é a tentativa de encontrar traços comuns a todas as Nações, fazendo tabula rasa das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos indígenas que viviam e vivem em território brasileiro. João Bernardino Gonzaga faz expressa referência a este fato, afirmando ser muito difícil o estudo do direito penal indígena exatamente porque são ‘incontáveis os grupos’ existentes. Ainda assim se propõe a fixar idéias comuns a todos eles” (in GRUPIONI, 1992, p. 154-155).

Assim, a generalidade e a superficialidade dos discursos sobre os indígenas, seus costumes e culturas, não são consequência de esquecimento ou desconhecimento de seus estudiosos, mas, antes, pressupostos científico-filosóficos de uma análise que está voltada à identificação de estágios e progressos na evolução daqueles sujeitos, segundo os padrões do observador, de modo a mantê-los sempre sob o controle de um poder-saber que dominaríamos.

Ignorar ou omitir a diversidade étnica que caracteriza os indígenas, quando da construção dogmática de conceitos, compõe o método de interpretação aplicado às questões jurídicas em que estão envolvidos, reafirmando seu lugar de objetos (e não de sujeitos) de direitos. Portanto, constitui-se em etapa intencional de formulação daqueles discursos, pois, do contrário, seria preciso não só abandonar o bojo teórico do evolucionismo social como também empreender profunda alteração paradigmática de estudo do direito, que se propõe ser universal e unidimensional.

2.2 Direito penal para indígenas

Se a teoria do evolucionismo social pouco revela sobre a estrutura do direito penal indígena – por considerá-lo a primeira etapa de organização político-social da humanidade – por outro lado, revela-nos a principal característica do direito penal das sociedades não indígenas, isto é, a concentração do poder de punir numa entidade diversa do corpo social.

O argumento se constrói por oposições.

As sociedades indígenas são primitivas, pois apresentam organização social precária, assim compreendida aquela que prescinde de policiamento e coerção. São sociedades atrasadas porque não há chefia em tempos de paz e, se há, não é esta respeitada. Os indígenas são selvagens, pois não preveem mecanismos de uma tutela penal coercitiva, não regram condutas por lei (positivada) e são desprovidos de razão.

Coerção, lei e razão, ao contrário, são fundamentos do direito das sociedades civilizadas: oferecem critérios de abstração, generalidade e taxatividade exigíveis para o regramento das relações sociais. Aparentemente livres (pois que sempre vigiadas), as sociedades consideradas evoluídas dissociam o poder de punir do seu próprio corpo e transferem-no para uma estrutura ficcional delimitada, mas de alta complexidade. Nestes termos é que o Estado se coloca como o mais alto grau de desenvolvimento das

sociedades, abarcando, tutelando, promovendo, corrigindo e punindo todas as relações humanas, quando entender necessário.

Esse conjunto de premissas conduz ao entendimento de que os indígenas devem ser considerados objetos de direitos. Caberá ao Estado tutelá-los até que, progressiva e harmoniosamente (segundo o Estatuto do Índio vigente), integrem-se à “sociedade nacional”, permitindo, ao fim, lembrando Andrada e Silva, a “(...) civilização e prosperidade dos miseráveis índios, para que tanto devemos concorrer, até por utilidade nossa, como cidadãos, e como cristãos” (2005, p. 121).

Essa construção argumentativa constitui-se em tática política etnocida de controle da diversidade étnica e de sua potencial adversidade ao poder político do Estado. Tem por base as conclusões de Herbert Spencer (1820-1903), para quem a sociedade deve ser encarada como um organismo e, logo, ser submetida às leis de catástrofes naturais geológicas, fazendo com que sua evolução proceda da sobrevivência dos mais fortes.

Distinguindo as sociedades segundo seus níveis evolutivos, Spencer legitimava o neocolonialismo europeu, “(...) na crença de que, com a devida tutela europeia, as outras raças poderiam evoluir e em uns milênios alcançar o grau de desenvolvimento biológico delas” (ZAFFARONI, 2012, p. 93).

Inegável foi sua influência no País, fazendo com que, em fins do século XIX e início do século XX, diversos estudos antropológicos e sociológicos fossem desenvolvidos para explicar a inferioridade de indígenas e mestiços, segundo o critério racial. Por isso, “[o] spencerianismo legitimava o neocolonialismo e deslegitimava a escravidão, mas no interior do próprio centro também legitimava a exploração impiedosa das classes subalternas, com o que completava sua hábil engenharia de legitimações funcionais” (*idem*, p. 96).

No campo criminológico, este objetivo valeu-se do instrumental da criminologia positivista ou etiológica, nascida na segunda metade do século XVIII, e que é, majoritariamente, compreendida como o nascedouro, mesmo, da criminologia³².

³² Embora antecedida pela escola liberal clássica do direito penal, a manualística costuma reportar-se à escola positiva como o local de nascimento da criminologia como ciência autônoma. “Quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a ‘época dos pioneiros’ da moderna criminologia, se faz referência a teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Faz-se referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito penal na Itália. Quando se fala da criminologia positivista como a primeira fase do desenvolvimento da criminologia, entendida como disciplina autônoma, se faz referência a teorias desenvolvidas na Europa entre o final do século XIX e o

Seus métodos de análise e objeto de estudo são distintos daqueles desenvolvidos pela denominada escola liberal clássica, fruto do liberalismo político e filosófico, pois que esta se detinha sobre o delito em seu conceito jurídico (como violação do direito e do pacto social) e justificava a pena não como mecanismo de modificação da natureza de seu agente, mas como instrumento legal que o persuadia a não cometer delito algum, seguindo princípios de humanização, legalidade e utilidade da pena, em contraposição ao *ancien régime*.

Para os adeptos das teorias da escola clássica, o agente criminoso deve responder perante a sociedade pelas agressões a esta intentada, uma vez que, iluminado pela razão, soube e pôde discernir entre o bem e o mal e escolher entre o certo e o errado, o direito e o torto, o justo e o injusto, o legal e o ilegal, agindo, portanto, livremente. Aliás, um de seus pressupostos é o de que todo ser humano é dotado de liberdade e igualdade. O livre-arbítrio constitui um de seus dogmas nucleares (SA, 1996, p. 87-88).

À escola liberal clássica opõem-se as doutrinas terapêuticas de defesa social, referendadas pela escola positiva italiana. Nesta, busca-se com a aplicação da pena ou de medidas de segurança uma dupla finalidade: tratamento ou cura dos condenados (considerados doentes ou anormais) e sua segregação ou neutralização, em razão do perigo que oferecem à ordem social. A elaboração de discursos científicos, assentada no determinismo da criminologia positivista, permitia o estudo dos indivíduos e a intervenção sobre estes, segundo parâmetros raciais, pretendendo-se investigar as razões de sua inadequação à vida social, sem enfrentar, criticamente, os fenômenos sociais que garantiam os interesses da classe hegemônica³³.

Para os cultores da postura desenvolvida pela escola positiva, o agente criminoso não responde pelos atos de ação ou omissão com os quais agride a sociedade. A responsabilidade penal cessa para o criminalmente indiciado. E por quê? Por causa do pressuposto de que o homem criminoso é um ser doente, um enfermo. Doente em decorrência de atavismos que lhe afetam a vontade e o discernimento, em suma, a lucidez racional. Ou doente em decorrência de fatores sociais, que lhe reproduzem efeitos semelhantes (*idem*, p. 88).

começo do século XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista. Com isso se alude, em particular, à escola sociológica francesa (Gabriel Tarde) e à “Escola social” na Alemanha (Franz von Liszt), mas especialmente à “Escola positiva” na Itália (Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo)” (BARATTA, 2002, p. 29).

³³ “Na verdade, a **Escola Positiva** foi fruto de um processo de radicalização social, em que as classes dominantes tentavam encontrar, num momento de agudização da luta de classe, um meio de estender a hegemonia deste seu poder, através de uma nova afirmação ideológica de dominação social. E a Criminologia, em nosso entender, representa a ‘ponte’ de que se serve o Estado para legitimar, através dos canais ideológicos próprios, a ação da Polícia e da Justiça, assim como a do Estado em seu todo” (TÓRTIMA, 2002, p. 45).

Logo, as penas tornam-se medidas necessárias à defesa social, constituindo-se em intervenções “(...) terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime” (FERRAJOLI, 2010, p. 248-249).

Em resumo, a criminologia positivista voltava seus estudos para as causas do crime, a partir da análise racial ou biopsicológica do indivíduo “criminoso”, caracterizado por sua natureza inferior, “(...) mais ou menos pervertido ou degenerado, e (...), portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa” (*idem*, p. 248).

A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). A este fato novo na história da ciência pode-se associar o início de uma nova disciplina científica. Por isso, tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, isto é, um universo de discurso autônomo (...) (BARATTA, 2002, p. 29).

Para Francisco de Assis Toledo, “[o] grande equívoco de Lombroso – e de outros positivistas – foi pensar que a natureza, ou o que quer que seja, produza, de quando em vez, um ser humano anti-social” (2010, p. 321). Mas esta concepção das causas do crime legitimava a repressão penal de indivíduos considerados inferiores ou perigosos, segundo uma “racionalidade classificatória” (OLMO, 2004, p. 39). “Em outras palavras, se não era possível com as leis da economia, pelo menos com a lei moral – por meio da disciplina – buscava-se submeter estes indivíduos delinquentes, para *proteger o capital*, conservar a ordem e não perturbar o ‘progresso’” (*idem*).

Sua larga recepção na América Latina não foi sem razão: permitiu o exercício da política intervencionista neocolonial e serviu aos interesses de uma classe dominante em ascensão, cujos membros “(...) sabiam que deviam resolver seus problemas locais e que necessitavam da lei e da ordem para se incorporar ao sistema internacional, mas buscavam nos países industriais a forma de obtê-lo” (*idem*, p. 159).

(...) Todo o clima convulsivo que caracterizou em maior ou menor grau os países latino-americanos no século XIX resultaria na implantação do Estado “oligárquico”, que seguiria os postulados do positivismo como Estado de “ordem e progresso”. A emancipação política deveria estar acompanhada da “emancipação mental” que a filosofia positivista apregoava, e que seria vista pelas minorias ilustradas como “a salvadora” da América Latina. Uma de suas primeiras tarefas seria a de forjar um marco jurídico-político adequado no qual seria inserida a nova ciência de controle social (*idem*, p. 165).

Segundo Vera Malaguti Batista, quanto à influência do positivismo no Brasil, esta corrente foi não apenas um modo de pensar as práticas sociais no País, mas, principalmente,

(...) uma maneira de *sentir* o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado. Funcionou e funciona como um grande catalisador da violência e da desigualdade características do processo de incorporação da nossa margem ao capitalismo central” (2012, p. 48).

Por essa razão, entre nós, a construção discursiva do índio arquetípico, segundo usos e costumes estigmatizados; a atribuição de graus de evolução dos indígenas para definição de seus direitos, bem como a manutenção do arcabouço teórico de cariz etiológico são instrumentos utilizados na criminalização de indígenas e refletem-se nas leis, nos julgados e em sua interpretação doutrinária, pois se cumpre, assim, uma função legitimadora da ordem hegemônica por meio da criminologia e da dogmática penal que, quando unicamente reproduzem, de maneira acrítica, o teor da legislação positivada, tornam-se mecanismos pretensamente científicos justificadores da ordem posta.

Essa “ideologia ocultadora” ou “filosofia da dominação” (ANYAR DE CASTRO, 2005, p. 48) apoia-se, geralmente, em contribuições de argumentos racistas ou biopsicológicos da criminologia positivista, preocupando-se em servir como mera descrição do fenômeno crime, sem submetê-lo à crítica. “O direito, portanto, e a dogmática penal, a nascente ciência jurídica, eram suficientes, por sua capacidade de convencimento e, portanto, de autoridade, de aglutinar um consenso em torno do sistema” (*idem*, p. 45).

Passamos, então, ao estudo das fontes criminológicas e dogmáticas do direito penal *para* indígenas – segundo essa lógica de controle social da diversidade étnica promovida por uma *penalidade civilizatória*.

2.2.1 Punir para corrigir: o atavismo dos indígenas na criminologia etiológica

Para o estudo da influência da criminologia etiológica sobre nossa legislação, doutrina e jurisprudência penais aplicáveis aos indígenas, faz-se necessário breve resumo das ideias centrais de três principais autores propagandistas da linha criminológica italiana, conhecida como “escola positiva”: Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri.

Cesare Lombroso (1836-1909) é considerado o inaugurador da antropologia criminal, por ter publicado, em 1876, a obra “*L’uomo delinquente*”, na qual lançou a tese do “criminoso nato”, reportando-se aos indivíduos que não teriam desenvolvido plenamente o ciclo evolutivo da espécie humana. Equiparavam-se aos “(...) selvagens colonizados, a quem faltavam o último arremate, pois ainda não haviam alcançado a evolução filogenética dos europeus colonizadores, que faltava aos primeiros por algum acidente biológico excepcional, produzido entre seres da raça mais evoluída” (ZAFFARONI, 2012, p. 100).

Baseando sua teoria na descrição anatômica de indivíduos encarcerados³⁴, com inspiração na frenologia³⁵, desenvolvida por Franz Joseph Gall, Lombroso sustentou haver traços em comum em todos eles que poderiam alertar possíveis transgressões futuras, sugerindo que a prática de crimes estava associada à existência de patologias humanas – em especial ao atavismo que, em termos biológicos, corresponde ao reaparecimento de certas características ancestrais ausentes na formação das espécies por longo tempo.

Mas, em verdade, “[o] erro de Lombroso foi interpretar esses signos como causa do delito, quando na maioria dos casos eram a causa da criminalização” (*idem*, p. 101). Posteriormente, seus estudos foram sendo radicalmente modificados, a ponto de Lombroso atribuir à prática do crime inúmeras causas, que exigiriam mais que o reconhecimento do “criminoso nato”. Assim, dentre sua tipologia, foram incluídos os criminosos por paixão, por epilepsia, ocasionais e loucos.

De todo modo, Lombroso concluiu que o “criminoso nato” seria aquele afetado por atavismo – seguindo o modelo biológico de Charles Darwin – e, portanto, seria um indivíduo não plenamente desenvolvido na escala evolutiva, mas a ela recalcitrante (ainda em seu estado selvagem).

³⁴ “Um furor classificatório e de descrição, medição e contagem invade o mundo científico, numa miscelânea de tipos de narizes, orelhas, frentes e queixos, que, combinados a outros sinais, enquadrariam o indivíduo nesta ou naquela categoria. A rigor, Lombroso, sua antropologia criminal e suas concepções de atavismo do crime tiveram apoio em concepções anteriores, como a fisiognomia de Johann Kasper Lavater, cujas teorias pseudocientíficas legitimavam, segundo os conhecimentos do momento, as antigas crenças populares, profundamente arraigadas no imaginário popular. Talvez o sucesso e a aceitação da fisiognomia estivessem nessa curiosa simbiose, dando a chancela científica e a linguagem competente a um saber popular” (PESAVENTO, 2009, p. 65).

³⁵ A frenologia, desenvolvida pelo médico alemão Franz Joseph Gall, em 1800, propunha-se a ser a ciência por meio da qual seria possível determinar a personalidade e o grau de criminalidade de um indivíduo pela análise do formato de sua cabeça.

Rafaello Garofalo (1851-1934), apartando-se dos naturalistas que pretendiam explicar o delito por meio da definição dos delinquentes, tentou, ontologicamente, delimitar o conceito de delito – isto é, buscou responder se não “(...) haver[ia] um certo numero de actos que a consciencia popular em determinadas condições considere sempre criminosos” (1925, p. 28) – o denominado “delito natural”. Embora entendesse ser possível identificar, em todos os tempos e lugares, um conjunto de atos puníveis ou reprováveis (como o parricídio e o homicídio), Garofalo renunciou a este método e passou a tentar definir o “delito natural” pela análise não dos atos, mas dos “sentimentos”, já que, “(...) no conceito do delicto apparece sempre a lesão de algum d’aquelles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano e [que] no seu conjuncto formam o que se chama *sensu moral*”³⁶ (*idem*, p. 30).

Recorrendo ao evolucionismo spenceriano, Garofalo afirmou que “(...) todas as raças possuem actualmente uma certa somma de instinctos moraes *innatos*, não devidos ao raciocínio *individual*, mas, como o *typo physico*, [são] patrimônio hereditário *commum*” (*idem*, p. 32).

Logo, o “senso moral” constituiria parte do organismo, criado na espécie humana por evolução hereditária, sendo deficiente nos indivíduos de entendimento fraco ou podendo perder-se por doença ou por “monstruosidade” atribuída ao atavismo (*idem*, p. 33-34). E, na tarefa de investigar, no tempo e no espaço, o grau de oscilação do “senso moral”, Garofalo definiu quais sociedades seriam objeto de seu estudo:

Pondo de parte o homem prehistorico, porque é absolutamente impossível conhecer a seu respeito o [que] quer que seja de interessante para o assumpto, e as tribus selvagens degeneradas ou insusceptíveis de desenvolvimento, porque constituem uma anomalia na espécie humana, prosseguiremos, tentando discriminar e isolar, de todos os outros, aquelles *sentimentos moraes que possam considerar-se definitivamente adquiridos* pela parte civilisada da humanidade e que formam a *verdadeira moral contemporânea*, não susceptível de perder-se, mas, pelo contrario, de progredir incessantemente (*idem*, p. 34).

Garofalo, portanto, excluiu de seu campo de pesquisa a parte da humanidade que considerava não ter ou não ser apta a adquirir (organicamente) os “sentimentos morais” da parte civilizada. “Homens pré-históricos” e “tribos selvagens degeneradas”, correspondentes aos povos indígenas, eram, para ele, anomalias da espécie humana e,

³⁶ Enrico Ferri definiu o senso moral como algo que “(...) *non si deve intendere come un senso speciale, che anticamente si diceva senso del giusto e dell’ingiusto, dell’onesto e del disonesto; ma che si deve intendere alla luce della psicologia come la temptra generale dell’individuo, che in un dato modo risponde alle tentazioni dell’ambiente secondo che egli abbia una costituzione morale forte e normale o anormale ed atrofica*” (FERRI, 1901, p. 132).

consequentemente, desprovidos dos sentimentos morais das sociedades civilizadas que são base da “verdadeira moral” – fonte da qual se poderia delimitar o conceito de “delito natural”.

Assentando-o nos sentimentos de probidade e piedade, Garofalo afirmou que este, aliás, “(...) constitue uma aquisição *definitiva* para a humanidade que atingiu aquelle grau de evolução a que apenas ficaram estranhas as poucas tribus dispersas que não representam para a especie senão anomalias e phenomenos excepcionaes” (*idem*, p. 51-52).

Portanto, por serem dotados de entendimento fraco ou padecerem de um organismo atávico, estes indivíduos seriam, naturalmente, na visão de Garofalo, tendentes à prática delitativa – o que faz com que o autor reforçasse os argumentos de uma causalidade biopsicológica do criminoso para a definição do “delito natural”, ainda que deles tivesse se afastado, inicialmente.

Por fim, Enrico Ferri (1856-1929) é considerado o jurista do positivismo, por diferenciar o “delinquente” em seu sentido ético-social (“terreno naturalístico”) daquele no sentido jurídico. Neste, o “delinquente” é considerado “(...) autor duma ação qualificada crime ou delito pela lei penal” (1999, p. 198). Naquele, “(...) não pode ser delinquente senão quem seja um anormal. Anormal por condições congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica, ou biopsíquica, ou por doença, mas sempre, mais ou menos, anormal” (*idem*, p. 203).

Em duas conferências intituladas “*Delitti e delinquenti nella scienza e nella vita*”, Ferri resumiu, também, o escopo da escola positiva, como o movimento que “(...) *si determina tutto e si concentra nell’idea che non soltanto si deve considerare il reato come fenomeno giuridico; ma che si debba studiare il delinquente che lo compie, nel suo organismo fisio-psicologico e nell’ambiente sociale*” (1901, p. 117). Para Ferri, porém, tratava-se de cumprir uma missão teórica e prática, simultaneamente, quando se estuda a justiça penal: compreender, com o método jurídico, qual a reprimenda necessária para o agente da ação criminosa, em conformidade à sua personalidade.

A recepção dessas ideias centrais da criminologia positivista no Brasil³⁷ se fez refletir, no âmbito jurídico, nos estudos acadêmicos das Faculdades de Direito de Recife

³⁷ “A escola positiva do direito penal vem a reboque da antropologia criminal e das correntes filosóficas do positivismo e do evolucionismo biológico. No Brasil, essas correntes de pensamento, que possuem caracteres e contextos específicos, foram misturadas, criando nuances que, em muitos pontos, escapavam de suas matrizes de pensamento. Ainda, nos diferentes centros de estudo universitário no Brasil, foram

e de São Paulo, muito embora nesta houvesse uma tendência maior ao modelo político do liberalismo, com predominância de teses jusnaturalistas.

Porém, “[o] maior engajamento dos intelectuais recifenses com as teses do positivismo penal (...) não autoriza a conclusão de que tenha havido um radical distanciamento entre eles e os paulistas, cariocas e, muito menos, os baianos, cuja influência a partir da Escola de Recife é suficientemente conhecida” (FREITAS, 2002, p. 276) – considerando a contribuição médico-legal advinda das Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro também.

Os principais divulgadores da criminologia positivista no Brasil acolhiam, em geral, o determinismo como fundamentação para a concepção da pena como mecanismo de defesa social. Ainda que tenha sofrido a reação de alguns teóricos como Filinto Bastos e João Mendes Jr., mais próximos da concepção liberal clássica do direito penal, assentado no livre arbítrio, e da pena como preceito moral utilizado para restabelecer a ordem social afetada pelo mal do crime, a criminologia positivista contou com grande número de acadêmicos que propagavam as ideias de Lombroso, Garofalo ou Ferri.

O positivismo no País atendia não só a um interesse de renovação científica das academias jurídicas e médicas, a partir da divulgação dos estudos em voga nos países centrais europeus, mas, igualmente, à nova conformação político-econômica da sociedade brasileira, que transitava, em meados do século XIX, do regime imperial para o regime republicano.

Buscavam as elites alinhar-se aos ideais de modernização da estrutura política do Estado, conservando, porém, inalteradas as relações de poder oligárquicas, contando com a atuação não apenas de militares, impregnados do positivismo, mas, também, de juristas, que “(...) participaram ativamente da estruturação do Estado republicano, orientando-o no sentido da modernização conservadora” (*idem*, p. 269).

(...) Passou-se, pois, a um pensamento que visava a integrar a sociedade, ainda que se reconhecesse a variedade étnica de que esta se compunha, buscando no estudo dos caracteres bio-tipológicos, mas também hereditários e, mais tarde, sociais, a explicação para as condutas dos diferentes tipos humanos. O livre arbítrio deixava de ser o móvel único da ação humana. Outros fatores entravam em cena (CORACINI, 2003, p. 186).

Foi João Vieira de Araújo quem introduziu, na Faculdade de Direito do Recife, os ensinamentos da escola positiva italiana que, para o catedrático, desempenhava a

assumidas, com distintos vieses, por pesquisadores ousados, já que o que imperava era o conservadorismo” (CORACINI, 2003, p. 184).

crítica à legislação. Encarregado pelo Congresso Nacional de redigir anteprojetos de lei revisores da legislação penal, Vieira de Araújo propusera a adaptação do Código Criminal, de 1830, ao positivismo – sendo mencionado seu trabalho no “*Archivio di psichiatria, scienze penali e di antropologia criminale*”, de Cesare Lombroso (VAREJÃO, 2000, p. 84).

Mas foi Tobias Barreto quem ficou conhecido por ser o principal propugnador daquela escola, diminuindo, na obra “Menores e Loucos” (1884), os excessos da antropologia criminal lombrosiana. Apesar de não ser considerado, unanimemente, um positivista penal, Tobias Barreto considerava a vontade como fruto da evolução humana e social, sujeita às leis naturais para escolha dos motivos determinantes (FREITAS, 2002, p. 289).

Já Viveiros de Castro foi quem divulgou, com sua obra “A Nova Escola Penal” (1894), as teses do positivismo penal³⁸, afirmando que uma classificação dos delinquentes deveria levar em conta não apenas aspectos biológicos, mas também outras variantes, como fatores jurídicos e sociais. Criticou a responsabilidade penal feita de acordo com a noção de livre arbítrio, adotada pelo Código Criminal vigente, e reforçou a influência da raça no fenômeno crime, estabelecendo uma hierarquia entre os indivíduos, conforme os preceitos do determinismo biológico.

(...) Homens superiores às mulheres, brancos superiores aos negros e “mestiços”, tanto na inteligência quanto nos sentimentos. É esse o resultado de uma ideologia apta a legitimar a repressão penal contra aqueles que, em virtude de suas características raciais, por “coincidência” os desfavorecidos socialmente, sempre foram objeto de exploração pelas oligarquias, fossem eles escravos ou homens livres empobrecidos. O positivismo penal, cientificamente “avançado” pelos padrões da época, constitui-se numa rigorosa forma de controle social e justificação da repressão desencadeada contra as massas (FREITAS, 2002, p. 302).

Quanto à inferioridade de indígenas, em especial, Lemos Brito, analisando o poema épico de Santa Rita Durão (“O Caramuru”, de 1781), afirmou que os indígenas brasileiros eram influenciados por sua religião para o estabelecimento de penas, “(...) aí devendo estar o seu embrionário direito judiciário penal” (1946, p. 66) e apontou como o homicídio era severamente punido. “Talvez por isso, como rezam as crônicas de antanho, e os próprios criminalistas o proclamam, era raríssimo que um índio matasse a

³⁸ Devem-se mencionar os comentários ao Código Criminal, de 1830, de João Vieira de Araújo (1889), como importante obra precedente de divulgação das teses positivistas, na qual “(...) dilui a perspectiva positivista ao longo do código criminal que comentou, fugindo assim do formato tradicional das obras dos autores positivistas, voltadas muito mais para a exposição e desenvolvimento teórico de princípios e propostas da escola que para a investigação concreta e crítica do direito posto” (FREITAS, 2002, p. 303).

outro de sua tribo, não sendo muita vez considerado crime porém ato meritório, e de bravura matar os das nações inimigas” (*idem*, p. 68).

Laurindo Leão, catedrático da Faculdade de Direito do Recife, estudando a questão da responsabilidade criminal de acordo com os princípios do livre-arbítrio e do determinismo biológico, afirmou que aquela deveria levar em conta a natureza dos indivíduos, dado que uns nascem livres e outros, não. Os indígenas, na sua visão, carecem de uma “vontade tenaz e vigilante”, típica do homem adulto e, especialmente, do homem civilizado, “(...) porque o selvagem é quasi um animal que vive entregue a seus instintos, sem depender da sua intelligencia e da sua vontade”, que é o privilégio de alguns humanos (1913, p. 53).

Outros juristas foram imprescindíveis para a difusão do positivismo penal no Brasil³⁹, mas os estudos de Alexandre Lacassagne, no campo do que depois se convencionou denominar antropologia criminal, exerceram forte influência sobre autores brasileiros. Afirmava ele, sustentando-se nas teses frenológicas de Gall, que

(...) a etiologia criminosa dependia de modificações do cérebro que podiam afetar a região occipital, a frontal ou a parietal: as afecções no occipital produziam os criminosos das classes baixas, instintivos; as na região parietal, do equilíbrio, produziam os ocasionais ou impulsivos da classe média; as da região frontal, do pensamento, os delinquentes alienados das classes altas (ZAFFARONI, 2012, p. 105).

Os indígenas são geralmente apontados, pela frenologia cá desenvolvida, como herdeiros de problemas na região occipital, segundo as conclusões de João Baptista de Lacerda Filho que, em artigo publicado na Revista do Museu Nacional do Rio de Janeiro, em 1876, afirmava que, pela análise da arcada dentária de crânios indígenas coletados, seria possível compreender as variedades étnicas existentes, notando-se, de todo modo, “(...) um certo cunho de animalidade impresso na dentadura dos craneos americanos” (1876, p. 82). Desse modo é que o etnólogo concluiu que, “(...) somos levados a considerar a conformação geral dos dentes nas raças indígenas da America como um caracter de inferioridade ethnica” (FILHO e PEIXOTO, 1876, p. 82).

Estudos de frenologia foram também desenvolvidos para descrição dos povos indígenas e, em especial, dos Botocudos – considerados, no século XIX, o conjunto de

³⁹ Juristas que desenvolveram, radical ou moderadamente, os princípios da criminologia positivista: Adelino Filho, Aurelino Leal, Clóvis Bevilácqua, José Hygino Duarte Pereira, Moniz Sodré, Octávio Tavares, Pedro Lessa, Phaelante da Câmara, Roberto Lyra, Tito Rosa, dentre outros (FREITAS, 2002).

povos indígenas primitivos e representantes da inferioridade humana⁴⁰. São apontados como de índole bravia, resistentes à catequese e à civilização, pois

(...) internam-se cada vez mais no coração das florestas; outros, mais docéis e mais acessíveis, vão se deixando conduzir ao grêmio da religião christã e abandonando, pouco a pouco, os hábitos e costumes da vida selvagem. São estes últimos que formam os diversos aldeamentos que se encontram no norte da província de Minas, onde elles obedecem á voz de um chefe ou de um missionário. São elles geralmente indolentes, pouco amigos do trabalho, de um caracter excessivamente desconfiado, vingativos, e sustentam-se, uns com os productos da caça, outros com os productos da pesca (*idem*, p. 49).

Analisando cinco crânios indígenas do acervo do Museu Nacional do Rio de Janeiro, coletados em 1875, Lacerda Filho e Rodrigues Peixoto concluíram, com base na frenologia, que “[p]ela sua pequena capacidade craneana, os Botocudos devem ser collocados a par dos Neo-Caledonios e dos Australianos, isto é, entre as raças mais notáveis pelo seu gráo de inferioridade intellectual. As suas aptidões são, com effeito, muito limitadas e difficil é fazel-os entrar no caminho da civilização” (*idem*, p. 71-72). Tais características não estariam presentes nos crânios indígenas dos tupis que, por terem ocupado grandes áreas do território brasileiro, “(...) soffreram por conseguinte diversos cruzamentos e amalgamaram com os seus característicos fundamentaes característicos supervenientes” (PEIXOTO, 1885, p. 207).

As principais anotações no campo criminológico sobre a responsabilidade penal dos indígenas, com menção aos estudos de frenologia, provieram de Raymundo Ninas Rodrigues, catedrático em Medicina Legal que se tornou conhecido pela publicação, em 1894, de seu ensaio de psicologia criminal intitulado “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”.

Partindo do pressuposto teórico do evolucionismo spenceriano, Nina Rodrigues analisou a imputabilidade das “raças não desenvolvidas” (atávicas ou sobreviventes), representadas pelos negros, mestiços e indígenas – pois, para o autor, secundando Lombroso, “[o] aperfeiçoamento lento e gradual da actividade psychica, intelligencia e moral não reconhece, de facto, outra condição além do aperfeiçoamento evolutivo da serie animal” (1894, p. 31).

⁴⁰ “Paradoxalmente, com efeito, é no século XIX que a questão da humanidade dos índios se coloca pela primeira vez. O século XVI – contrariamente ao que se podia supor pela declaração papal em 1532 que afirmava que os índios tinham alma – jamais duvidara de que se tratava de homens e mulheres. Mas o cientificismo do século XIX está preocupado em demarcar claramente os antropoides dos humanos, e a linha de demarcação é sujeita a controvérsias. Blumenbach, um dos fundadores da antropologia física, por exemplo, analisa um crânio de Botocudo e o classifica a meio caminho entre o orangotango e o homem” (CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 134).

Para ele, a inferioridade intelectual e moral dos indígenas estava em sua própria constituição genética, refratária à mudança e aos avanços atribuídos ao homem branco (civilizado). Eis a razão pela qual desacreditou as tentativas de incorporação à sociedade dos indígenas, pois que apenas a mestiçagem poderia aprimorar sua natureza imperfeita, “(...) incapaz, como estava socialmente, de receber e adoptar por si a civilização européa importada com os colonizadores” (*idem*, p. 34).

Além disso, opondo-se à concepção liberal de livre arbítrio (que denominou “psicologia espiritualista”)⁴¹, Nina Rodrigues aventou a necessidade de haver distintos graus de reprovação para as diversas “raças”, pois que a ideia de igualdade entre todos os seres humanos era, para ele, falaciosa.

Desconhecendo a grande lei biológica que considera a evolução ontogênica simples recapitulação abreviada da evolução phylogenica, o legislador brasileiro cercou a infância do individuo das garantias da impunidade por immaturidade mental, creando a seu beneficio as regalias da raça, considerando iguaes perante o código os descendentes do europeu civilizado, os filhos das tribus selvagens da America do Sul, bem como os membros das hordas africanas, sujeitos à escravidão (*idem*, p. 77).

Concordando com Ferri que a base da imputação penal reside na consciência do direito, Nina Rodrigues a julgava produto da evolução humana e, por isso, os indígenas não poderiam ser responsabilizados criminalmente como os demais, pois que lhes faltava a completa formação psíquica correspondente e,

(...) desde que elles não são livres de tel-a ou não tel-a assim, pois que essa consciência é, de facto, o producto de uma organização psychica que se formou lentamente sob a influencia dos esforços accumulados e da cultura de muitas gerações, tão absurdo e iníquo, do ponto de vista da vontade livre, é tornar os bárbaros e selvagens responsáveis por não possuir ainda essa consciência, como seria iníquo e pueril punir os menores antes da maturidade mental por já não serem adultos, ou os loucos por não serem sãos de espírito (*idem*, p. 85).

Em resumo, o discurso de Nina Rodrigues promove “*apartheid* criminológico” (ZAFFARONI, 1989, p. 298), cindindo a sociedade entre civilizados e bárbaros a civilizar, representando estes a maior parte da população brasileira. Por essa razão, defendia que a lei penal prevesse diferentes formas de responsabilização criminal, de acordo com o grau de apreensão da ilicitude de seus comportamentos e, assim, de acordo com seu grau civilizatório, atingido pela mestiçagem. Para tanto, Nina Rodrigues valeu-se

⁴¹ “A legislação penal brasileira, seja no novo código da republica, seja no antigo código do império, tomou por base o presupposto espiritualista do livre arbítrio para critério da responsabilidade penal. Nisso não fez mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados á européa, reproduzida ainda recentemente no tão debatido código penal italiano” (RODRIGUES, 1894, p. 54).

[d]el saber criminológico positivista [que és] un producto de la antropología racista y de la sociología clasista, o sea, de dos “ciencias” nacidas como “saberes” destinados a sostener al control colonialista una y al control clasista la otra, que servían para justificar un genocídio colonialista la primeira y un genocídio clasista la segunda (idem, p. 295).

Todo esse conhecimento criminológico, que importara as ideias, principalmente, da escola positivista italiana, já em derrocada na Europa, fecundara uma legislação, dogmática e jurisprudência penais racistas e etnocidas, habituadas à criminalização promovida de acordo com critérios etnocêntricos de seu aplicador e que tinham por objetivo promover a integração do indígena à sociedade de Estado.

Neste sentido foram as recomendações feitas pelo “*II Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino*”⁴², realizado em São Paulo/SP, entre os dias 19 e 25 de janeiro de 1955. Congregando penalistas de diversos países do continente americano, da Espanha e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, o congresso manifestou-se, em resolução, pela seguinte recomendação:

Recomendar a los Gobiernos interesados, que los Jueces encargos de juzgar e imponer sanciones al Indio, así como los encargados de la ejecución de las sanciones, tengan atención preferente a “La especial psicología del mismo, su peculiar cultura y régimen de vida” a los efectos de lograr juntamente con la imposición de la sanción que le sea más adecuada, la mejor incorporación y adaptación jurídico-social del mismo (CASTEJÓN, 1956, p. 53).

Os indígenas, visto como inferiores seja pelo atavismo, seja pela inapreensão do “senso moral” garofaloniano ou da “consciência do direito” ferriana, passariam a ser responsabilizados criminalmente de acordo com a superação ou não destas deficiências congênitas (pela mestiçagem) ou psicossociais (pelo contato interétnico), eximindo o julgador de ter que adaptar seu código de normas aos agentes e fatos sob julgamento. Inegável a influência do discurso criminológico.

A penologia, o direito penal e a criminologia entrariam em estreita relação para controlar melhor, mas a criminologia seria considerada “a base científica” sobre a qual se apoiariam a política criminal e a elaboração das leis (OLMO, 2004, p. 73).

⁴² Segundo Rosa del Olmo, a proliferação de congressos de especialistas em matéria criminal no início do século XX correspondia à necessidade de disseminação das ideias criminológicas desenvolvidas nos países centrais europeus, difundindo-se um “imperialismo científico” que possibilitava o exercício do neocolonialismo. Assim, “[t]al como havia sido disposto no I Congresso, em Madri, o II Congresso Hispano-Luso-Americano-Filipino se reuniu em São Paulo em janeiro de 1955. Voltamos a mencionar este organismo pela participação de tantos latino-americanos e especialmente pela intensa atividade de seu presidente, o penalista cubano José Agustín Martínezes Viademonte, que conseguiu impor a ideologia que representava nessa organização, em nome da ‘ciência penal’” (OLMO, 2004, p. 227).

A primeira etapa desse processo de criminalização racista e etnocida firmou-se com a legislação indigenista integracionista (assimilacionista), desenvolvida no início do regime republicano, no século XX, e mantida na legislação infraconstitucional atual. E, embora posteriormente superado este ideal de integração, continuou a traduzir o teor da criminalização de indígenas na doutrina e jurisprudência criminais majoritárias.

2.2.2 Tratamento penal de indígenas pela legislação brasileira

A adoção de uma política assimilacionista dos povos indígenas no início do século XX conformava-se aos objetivos do recente regime republicano instaurado de constituição de uma nação brasileira homogênea, caracterizada pela plena miscigenação das diversas matrizes étnicas e que, ao ver de Oliveira Vianna, salvaria os brasileiros de uma “lamentável regressão” (1938, p. 42).

O processo de “arianização” do negro e do índio, segundo o sociólogo, caracterizava-se pela inevitável mescla das gentes, em que ocorre a ascensão dos indivíduos assim mesclados até sua transformação total.

Os mestiços superiores, os mulatos ou mamelucos, que vencem ou ascendem em nosso meio, durante o largo período da nossa formação nacional, não vencem, nem ascendem como taes, isto é, como mestiços, por uma afirmação da sua mentalidade mestiça. Ao envez de se manterem, quando ascendem, dentro dos característicos híbridos do seu typo, ao contrario, só ascendem quando se transformam e perdem esses característicos, quando deixam de ser psicologicamente mestiços – porque se arianizam (VIANNA, 1938, p. 142).

A descrição da “arianização” pressupunha a inferioridade biopsicológica de indígenas que se reforçava na perseverança de sua “mentalidade mestiça”. A diferença étnica era considerada, portanto, um mal a ser corrigido, sendo a correção a principal missão do SPI, como visto.

Também a legislação ordinária regulamentou a situação jurídica de transitoriedade dos indígenas à condição de cidadãos brasileiros.

O Código Civil, de 1916, em seu artigo 6º, inciso IV e parágrafo único, classificava os indígenas (mencionados como “silvícolas”) como relativamente incapazes de exercerem certos atos jurídicos e determinava sua sujeição ao regime tutelar, que cessaria à medida de sua adaptação à sociedade não indígena.

Essa tarefa coube ao Decreto do Poder Legislativo nº. 5.484, de 1928⁴³, que regulava a situação jurídica dos indígenas localizados em território nacional. Em seu artigo 1º, determinava que “[f]ica[va]m emancipados da tutela orphanologica vigente todos os indios nascidos no territorio nacional, qualquer que seja o gráo de civilizaçãõ em que se encontrem” (OTÁVIO, 1946, p. 179) – tutela orfanológica que vigia até então por força da Lei de 27 de outubro de 1831.

Os serviços prestados pelo SPI às sociedades indígenas que localizava variavam de intensidade e objetivos conforme o seu grau de civilização, sendo quatro os graus possíveis, segundo o artigo 2º do Decreto mencionado. Assim, os indígenas podiam ser classificados como sendo: a) “índios nômades”; b) “índios arranchados ou aldeados”; c) “índios pertencentes a povoações indígenas” e, por fim; d) “índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados” (*idem*, p. 179).

O objetivo da classificação consistia em determinar quais atos do SPI seriam indispensáveis para a promoção de integração (assimilação) dos indígenas à sociedade envolvente – característica do quarto grupo mencionado.

Essa taxonomia promovida pelo Decreto tinha, também, o condão de determinar a responsabilidade criminal de indígenas, representando-se, em termos legais, a primeira acolhida das construções criminológicas positivistas desenvolvidas em fins do século XIX e que podemos deduzir, principalmente, dos estudos de Nina Rodrigues.

Promove-se a determinação da responsabilidade criminal segundo critérios raciais, prevendo-se distintos graus de responsabilização penal para indígenas conforme diferentes graus de aproximação com a sociedade não indígena – dados estes conforme o olhar etnocêntrico do observador⁴⁴. Nos termos dos artigos 28 a 32 do Decreto:

⁴³ Ao encaminhar o anteprojeto do decreto, o Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, Pedro de Toledo, justificou o tratamento jurídico-penal diferenciado para os indígenas com os seguintes argumentos: “Ainda quando sejam elles equiparados a menores, muito é de considerar a grande diferença que existe entre um menor creado e edocado no seio da sociedade civilizada, conhecedor dos habitos e noções correntes no meio em que vive, e um habitante das selvas, que, sobre desconhecer esses habitos e noções, é ainda movido e dominado por costumes radicalmente diversos” (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO, 1912, p. 151).

⁴⁴ “Verdad que hoy podemos estar más alertas em algunos sentidos, pero también es cierto que el poder de “inventar” la realidad es inmenso, constituyendo el más formidable aparato de propaganda con que cuenta un control penal que cada dia percibimos como menos legítimo y más absurdo. También hoy esta invención de la realidad nos está ocultando un genocidio en marcha que es la operatividad misma de nuestros sistemas penales, que por acción u omisión, son responsables de cientos de miles de muertos en nuestra área. No es cuestión de que nos asombren las afirmaciones de Nina Rodrigues y, mientras tanto, no percibamos una realidad aún más genocida, por ser sujetos cognoscentes producidos por un saber-poder que ya no es el del neo-colonialismo, sino el del tecno-colonialismo que se cierne sobre nosotros, con un poder de manipulación psíquica y física tan formidable y un poder de destrucción tan diabólico, que hace apenas cuarenta años parecia inimaginable. No nos olvidemos que la patrañas racistas eran

Art. 28. São equiparados aos menores de que trata o art. 30 do Código Penal os índios nômades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indígena.

§1º. O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colônias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que ao mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco annos.

§2º. Entende-se por estabelecido em povoação indígena aquelle que mora effectivamente nella, qualquer que seja a sua condição, descontando-se no respectivo computo, as interrupções que porventura se derem com a volta temporária do índio á selva.

Art. 29. Os índios que tiverem mais de cinco annos de residência em povoação indígena, quando commeterem qualquer infracção prevista na legislação penal, commum, serão punidos com a metade somente das penas nella instituídas.

Art. 30. As circumstancias aggravantes previstas nos artigos 39 e 41 do Codigo Penal não influem na applicação das penas dos índios das 1ª, 2ª e 3ª categorias do art. 2º desta lei.

Paragrapho único. As circumstancias attenuantes do artigo 42 do dito Codigo influem para a diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias.

Art. 31. Os índios de que trata o art. 29 não poderão soffrer prisão cellular, a qual será substituída pela prisão disciplinar, por igual tempo, em estabelecimentos industriaes especiaes (Codigo Penal, art. 49).

Art. 32. Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen commum de direito, os índios que passarem para os centros agrícolas, de que trata o decreto nº 9.214, de 15 de dezembro de 1911.

Os indígenas que se enquadrassem em quaisquer das três primeiras categorias (índios nômades, arranchados ou aldeados ou pertencentes a povoações indígenas) e que tivessem, nos termos do Decreto, praticado qualquer infração, seriam equiparados aos menores (para fins de responsabilidade penal) e recolhidos às colônias correcionais ou a estabelecimentos industriais disciplinares, por meio de requisição do inspetor competente e por tempo não superior a cinco annos.

A medida, para além de seu teor punitivo, conduzia ao objetivo de integrar o indígena à sociedade, pela imposição de um modelo de trabalho agrícola. Descontavam-se, desse período de internação, as interrupções que porventura se dessem “(...) com a volta temporaria do indio á selva” (*idem*, p. 185) e os indígenas residentes por mais de cinco annos em povoação seriam punidos com a metade da pena cominada ao tipo penal pelo qual fossem condenados.

formas de encubrir una realidad dependiente, pero que ante parecidas patrañas, el tecno-colonialismo, a diferencia del neo-colonialismo, tiene – o tendrá en poço tiempo – la posibilidad disponible de realizar sus patrañas” (ZAFFARONI, 1989, p. 304).

O Decreto ainda estipulava que as circunstâncias agravantes não influiriam na aplicação das penas dos indígenas das três primeiras categorias, porém, sim, as atenuantes. Aliás, estes não poderiam ser punidos com prisão celular⁴⁵, devendo, se o caso, ser substituída por prisão disciplinar, por igual período, em estabelecimentos industriais especiais⁴⁶.

Os “índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivessem promiscuamente com civilizados” seriam tratados como os demais cidadãos, em regime comum, em razão de sua adaptação à sociedade não indígena, determinada esta segundo o entendimento do inspetor. Este o teor do artigo 42 do Decreto:

Art. 42 Consideram-se incorporados à sociedade civilizada (art. 5º) e, portanto, em condições de responder pelos seus actos os índios que, conforme atestação do inspetor competente, sejam equiparáveis aos pertencentes aos centros agrícolas.

Conforme o artigo 24 do Decreto nº 9.214, de 15 de dezembro de 1911, os centros agrícolas deveriam ser estabelecidos em boas terras de cultura e que fossem apropriadas à lavoura mecânica, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de água potável, bem como servidas de meios fáceis de comunicação e próximas dos mercados consumidores – medidas que possibilitariam, simultaneamente, sua inclusão na sociedade de Estado e o aprendizado de atividades agrícolas.

Compunham-no os trabalhadores nacionais da localidade em que fossem instalados, podendo os indígenas ser aproveitados pelo governo federal na realização de “(...) serviços industriais compatíveis com as suas aptidões, remunerando-os de acordo com a sua capacidade de trabalho e conforme o estabelecido para os mais trabalhadores”, nos termos do artigo 69 daquele Decreto.

Em resumo, a responsabilidade penal dos indígenas era determinada por seu grau de civilização, aferido pelo exercício de atividade remunerada, idade e utilização da língua nacional oficial, critérios possibilitados por sua habitação nos centros

⁴⁵ Determinava o artigo 45 da Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932): “Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras: a) si não exceder de um anno, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração; b) si exceder desse praso, por um período igual à quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois annos; e nos períodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia”.

⁴⁶ Dispunha o artigo 49 da Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932): “Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida nos institutos disciplinares creados pelo Codigo de Menores e destinados aos menores de 14 a 18 annos. Paragrapho único. Si ao perpetrar o crime ou contravenção, o menor tiver mais de 18 annos e menos de 21, o cumprimento da pena será, durante a menoridade do condenado, completamente separado dos presos maiores”.

agrícolas gerenciados pelo SPI. Tais critérios, com poucas alterações, como veremos, mantiveram-se como norteadores da criminalização de indígenas na atualidade, segundo a jurisprudência majoritária.

As disposições do Decreto Legislativo nº 5.484, de 1928, foram reproduzidas na Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932), nos seus artigos 205 e 206:

Capítulo VII

Dos crimes contra índios e dos crimes por elles praticados

Art. 205 Os crimes de qualquer natureza, commetidos por civilizados contra índios, considerar-se-ão sempre como praticados por superior contra inferior e como taes, terão suas penas aggravadas pela circumstancia do art. 39, §9º, *in fine*, além das demais em que porventura incorram os autores.

§1º Os crimes contra a honra e honestidade (Tit. VIII) das mulheres indígenas (nômades, arranchadas ou aldeiadas, ou pertencentes a povoações indígenas) quando forem commetidos por civilizados, serão punidos com as penas legaes já existentes e mais a da aggravante caracterizada no artigo precedente, ainda quando tenha havido no acto proposta ou consentimento da paciente, de seu pae, marido, irmão ou chefe da tribu.

§2º Invadir à mão armada as sesmarias ou quaesquer terras sob a posse dos índios, quer para hostilizar-os, quer para o fim de explorar os productos naturaes das ditas terras; commeter depreciações ou violências contra arranchamentos, aldeias, povoações indígenas ou postos de serviços; aliciar gente para impedir, por qualquer meio de coacção a continuação da posse dos índios nas terras por elles occupadas:

Pena – de prisão cellular por um a tres annos, além daquellas em que incorrer pela violência.

§3º A entrada á noite nos pousos de qualquer espécie, em que se abrigam índios é equiparada para os effeitos penaes, quando praticada por individuo civilizado, á violação de domicilio, de que trata o art. 196.

§4º A destruição ou damnificação de coisa de qualquer valor, móvel, immovel ou semovente, de propriedade de índios, será punível segundo o disposto no art. 329.

§5º Todo aquelle que, abusando da boa fé, ingenuidade ou atrazo mental do índio, sujeital-o á exhibição ou espectáculo, deante de terceiros, com o fim de tirar disto lucro ou proveito, será punido de accordo com os arts. 180 ou 182, conforme as circumstancias.

A Consolidação das Leis Penais considerava que os crimes praticados por civilizados contra indígenas deveriam ser equiparados aos crimes cometidos por superior contra inferior, seguindo as disposições do §9º do artigo 39, que dispunha como circunstância agravante “[t]er sido o crime commetido contra ascendente, descendente, cônjuge, irmão, mestre, discípulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualquer maneira legítimo superior do agente”.

Previa como crimes, punidos com prisão celular: as práticas de violência sexual contra mulheres indígenas (ainda que houvesse consentimento ou permissão de familiares ou do povo); a invasão armada de sesmarias ou terras sob posse de indígenas; as depreciações ou violências contra os locais de sua habitação ou aliciamento de pessoas que impeçam a posse dessas terras. A invasão de pousos de qualquer espécie seria equiparada ao crime de violação a domicílio e a destruição ou danificação de qualquer coisa de valor seria punida como o crime de dano, com pena de prisão celular, de um a três meses e multa de 5 a 20% do dano causado.

A Consolidação das Leis Penais, ainda, tipificava crimes equiparados à violação contra a liberdade pessoal (com pena de prisão celular, por um a seis meses ou um a três anos), sempre que o agente, abusando da “boa-fé, ingenuidade ou atraso mental” dos indígenas, expusessem-no com o fim de obter lucro, reproduzindo, assim, a descrição de inferioridade dos indígenas da criminologia etiológica que o antecedeu. O compêndio de leis também continha o tratamento jurídico do Decreto Legislativo nº 5.484, de 1928:

Art. 206 São equiparados aos menores de que trata o art. 30 os índios nômades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indígena.

§1º O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colonias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinaes, pelo tempo que o mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco annos.

§2º Entende-se por estabelecido em povoação indígena aquelle que mora effectivamente nella, qualquer que seja a sua condição, descontando-se no respectivo computo as interrupções que por ventura se derem com a volta temporária do índio à selva.

§3º Os índios que tiverem mais de cinco annos de residência em povoação indígena, quando commetterem qualquer infracção prevista na legislação penal commum, serão punidos com a metade somente das penas nella instituídas.

§4º As circumstancias aggravantes previstas nos arts. 39 e 41 não influem na applicação das penas dos índios das três categorias a que se refere o §1º do artigo antecedente.

§5º As circumstancias attenuantes do art. 42 influem para diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias.

§6º Os índios de que trata o §3º deste artigo não poderão soffrer prisão cellualar, a qual será substituída pela prisão disciplinar, por tempo igual, em estabelecimentos industriaes especiaes.

§7º Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen commum de direito, os índios que passarem para os centros agrícolas, de que trata o Decreto 9.214, de 15 de dezembro de 1911.

Propostas de adoção pela legislação penal de critérios expressos para aferição da culpabilidade de indígenas foram feitas à medida que se pensava na reforma legislativa.

Virgílio de Sá Pereira, em anteprojeto de Código Penal oferecido ao Governo Federal, em 1928, sugeriu que houvesse artigo próprio sobre a situação jurídica dos indígenas. Definindo a inimputabilidade como o estado de alienação mental, idiotia ou inconsciência e a imputabilidade restrita como a diminuição da faculdade de determinar os próprios atos, o desembargador estipulou, no artigo 31 de seu anteprojeto, que “[c]onsoante a sua selvageria, ter-se-á por excluída ou diminuída a imputabilidade do selvícola” (1928, p. 9).

Também o anteprojeto oferecido por Alcântara Machado, catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito de São Paulo, tratou da responsabilidade penal dos indígenas, após sua designação pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos, em 1937, para apresentar novo código penal. Inspirando-se no “Código Rocco”, do fascismo italiano (1939, p. 293), e acatando o sistema proposto por Virgílio de Sá Pereira (estabelecendo o critério biológico para os imputáveis e o biopsicológico para os de imputabilidade restrita), Alcântara Machado isentou de pena os “silvícolas não adaptados” e previu a redução de pena para o “silvícola incompletamente adaptado” – sujeitando todos, contudo, à aplicação de medidas de segurança.

Art. 16. Não são passíveis de pena, ficando, porém, sujeitos às medidas de segurança constantes dos títulos V e VI que lhes forem aplicáveis:

I – o menor de 18 anos;

II – o surdo-mudo não educado;

III – o selvícola não adaptado;

IV – aquele que, devido ao estado de alienação mental, em que se encontre no momento do crime, for incapaz de compreender a criminalidade do fato ou de se determinar de acordo com essa apreciação.

Art. 17. São passíveis de pena diminuída, ficando sujeitos, além disso, às medidas de segurança constantes dos títulos V e VI, que lhes forem aplicáveis:

I – o maior de 18 e menor de 21 anos;

II – o surdo-mudo educado;

III – o selvícola incompletamente adaptado;

IV – aquele que, devido a grave anomalia psíquica, de que não resulte alienação mental, tiver enfraquecida, no momento do crime, a capacidade de compreender a criminalidade do fato ou de se determinar de acordo com essa apreciação.

Além disso, dentre as penas previstas pelo seu anteprojeto, estava a de “segregação”, por igual período das penas privativas de liberdade (reclusão, de um ano,

no mínimo, a trinta anos, no máximo, e detenção, de seis dias, no mínimo, a três anos, no máximo), substituindo-as na hipótese de réus maiores de 18 e menores de 21 anos, portadores de grave anomalia psíquica, surdos-mudos incompletamente educados ou silvícolas incompletamente inadaptados. A “segregação” seria executada em seções especiais de instituto de trabalho obrigatório e de casas de custódia e tratamento, segundo o seu artigo 32 (DOTTI, 2010, p. 277).

Em defesa do anteprojeto – e justificando o tratamento de inimputabilidade ou de imputabilidade restrita para os indígenas – Alcântara Machado escreveu, em artigo, que não fosse esta a solução jurídica dada, poder-se-ia aventar a aplicação aos índios do erro de proibição (à época, bipartido em “erro de direito” e “erro de fato”), razão pela qual não fez constar nenhuma exceção ao princípio de que a ignorância da lei penal não exculpa o agente (1939, p. 305).

Contudo, o Código Penal, de 1940 (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) silenciaria quanto à temática, muito embora a Exposição de Motivos anexada ao projeto de Código, elaborada por Francisco Campos, considerasse que, sob os preceitos da inimputabilidade, deveriam ser incluídos os indígenas:

(...) No seio da Comissão foi proposto que se falasse, de modo genérico, em “perturbação mental”; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, e devendo entender-se como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo “mental” é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados (*in* PIERANGELI, 2004, p. 414)⁴⁷.

Também o Estatuto do Índio, de 1973, revogando o Decreto Legislativo nº 5.484, de 1928, seria omissivo quanto aos critérios para a análise da responsabilidade penal de indígenas. Sem abandonar o ideal integracionista da legislação anterior, o Estatuto do Índio readaptou os graus de integração referindo-se a três níveis (isolados, em vias de integração e integrados), como vimos.

⁴⁷ Colocando-se contra o argumento, Guilherme Percival de Oliveira resumiu a inconsistência do argumento: “Na comissão elaboradora do Código Penal, foi proposto que, em lugar de doença mental, se dissesse perturbação mental. Ora, a expressão, da mesma forma que alienação mental, haveria de compreender forçosamente os estados mórbidos ou não e, assim, não era de ser aceita, para o seu ponto de vista. Na “Exposição de Motivos”, surge uma explicação diferente. Vale a pena transcrevê-la, para se ver diretamente que não explica nada” – fazendo, então, a transcrição no corpo do texto exposta (OLIVEIRA, 1958, p. 96-97).

Trouxe, também, disposições de caráter penal relacionadas à aplicação das penas por crimes eventualmente praticados por indígenas e tipificou ilícitos praticados por terceiros contra aqueles e às suas culturas, contidas em seus artigos 56 a 59:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;

III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.

Assim, no caso de sobrevir ao indígena uma condenação pela prática de uma infração penal, deverá o juízo, na aplicação da pena, atenuá-la, independentemente de seu grau de integração à “sociedade nacional”, muito embora deva considerá-lo para a dosimetria da pena-base (o que não se confunde com a atenuação, que ocorre num segundo momento do cálculo da pena)⁴⁸.

As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, quando possível, em regime especial de semiliberdade na localidade em que funcionar o setor da Funai mais próximo à sua habitação. Toleram-se a aplicação pelos povos indígenas de sanções penais

⁴⁸ Com a superação do paradigma assimilacionista pela Constituição Federal de 1988, a atenuante prevista no *caput* do artigo 56 do Estatuto do Índio deve ser aplicada a todos os indígenas ainda que, nos termos do artigo 4º, possam ser considerados em distintos graus de integração à “sociedade nacional”. Entendemos que, se não declarada a inconstitucionalidade do Estatuto do Índio, deve o juiz, ao considerar o grau de integração para cálculo da pena, fazê-lo somente na primeira fase de dosimetria desta, sobre a qual deverá recair, posterior e irrefutavelmente, a atenuante.

ou disciplinares contra seus próprios membros, desde que não sejam consideradas cruéis ou infamantes, proibindo-se totalmente a pena de morte.

O Estatuto do Índio, ao tipificar condutas praticadas contra os indígenas, afastou as condutas previstas nos §§ 1º a 4º do artigo 205, da Consolidação das Leis Penais, de 1932, embora tivesse mantido, em condutas ilícitas mais detalhadas nos incisos I e II do artigo 59, o crime de exposição dos indígenas que se tipificava no §5º daquele artigo. Além disso, tipificou, pela primeira vez, o ato de disseminar bebida alcoólica entre os indígenas, uma das condutas propiciadoras da desagregação das comunidades e, geralmente, disseminada com este intuito. Seja como for, reflete ainda a orientação de uma legislação tutelar.

Nenhum desses diplomas legais tratou, especificamente, sobre a competência judicial. A Constituição Federal, de 1988, no entanto, inovou nesse sentido, ao estipular que cabe à justiça federal processar e julgar as “disputas sobre direitos indígenas” (conforme redação do inciso XI de seu artigo 109) – muito embora a interpretação sobre o conceito de “disputa” não seja unânime na jurisprudência, de tal forma que seu exame “(...) revela claramente certos preconceitos etnocêntricos que ordinariamente se enraízam no discurso do homem branco” (CASTILHO e COSTA, 2004, p. 82), como veremos.

Por fim, embora haja divergência sobre a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio⁴⁹, a C169 da OIT traz disposições sobre o tratamento jurídico-penal de indígenas.

Em seus artigos 8º a 10, a Convenção determina que, quando da aplicação da legislação nacional, devem ser considerados os costumes dos povos indígenas, que têm o direito de conservá-los, assim como as instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos humanos fundamentais reconhecidos. Além disso, sempre que necessário, devem os Estados-parte estabelecer procedimentos próprios para solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação destes princípios, preservando-se o respeito à autonomia dos povos indígenas afetados.

⁴⁹ Parte da doutrina jurídica reconhece a força constitucional automática de tratados de direitos humanos em razão de sua matéria, que ampliaria o rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º do texto constitucional, conforme seu §2º, compondo, assim, o denominado “bloco de constitucionalidade”. Outra parte, porém, exige o procedimento formal de constitucionalização dos tratados internacionais previsto no §3º do artigo 5º, qual seja, sua aprovação, em dois turnos, por dois terços dos membros das duas Casas do Congresso Nacional (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 174). Filiamo-nos à primeira corrente, entendendo que a C169 da OIT, por seu teor garantista e de ampliação de direitos humanos fundamentais, tem força normativa constitucional, até porque foi internalizada antes da emenda que introduziu o §3º no artigo 5º.

A C169 da OIT também prevê o respeito pelos Estados-parte aos métodos recorridos tradicionalmente pelos povos indígenas interessados para a repressão dos delitos cometidos por seus membros, fazendo-se a ressalva de sua compatibilização com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos – evitando-se a aplicação de medidas que possam ser consideradas cruéis ou infamantes.

De todo modo, as autoridades e os tribunais cooptados para se manifestarem sobre questões penais que envolvam indígenas devem considerar seus costumes a respeito do assunto e, na aplicação da sanção penal, fazerem-na levando em conta suas características econômicas, sociais e culturais, devendo dar-se preferência a tipos de punição diversos do encarceramento.

Portanto, a C169 da OIT, reformulando integralmente a Convenção antecessora – C107⁵⁰, reforça a condição de sujeitos de direitos dos povos indígenas e de seus membros, assegurando-lhes ao máximo a autonomia para decisão de temas que lhes afetem e o respeito aos seus usos e costumes, sem socorrer-se de critérios raciais ou etiológicos para tanto.

2.3 Considerações doutrinárias acerca da culpabilidade de indígenas

Feito o apanhado do tratamento legislativo dado à responsabilização criminal de indígenas, no curso do século XX, passamos à análise, pela doutrina jurídica, de tais disposições que, em geral, são apenas reproduções de seu teor sem aprofundamento crítico algum. Os indígenas (“silvícolas”) são enquadrados na fórmula legal dada à inimputabilidade e são mencionados como indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sem referências às fontes da criminologia etiológica que ensejaram este tratamento legal, havendo poucas exceções doutrinárias que tentam atribuir novo olhar quanto à reprovação da culpabilidade destes sujeitos.

⁵⁰ As origens da doutrina da tutela, no direito internacional, provêm da concepção de soberania adotada pela Liga das Nações, em 1919, composta pelos países considerados vencedores após o fim da Primeira Guerra Mundial. Segundo a Liga, soberanos eram os Estados avançados, assim determinados segundo critérios econômicos. Instituíam-se um neocolonialismo, em que cabia às sociedades avançadas a integração das sociedades consideradas atrasadas, tutelando-as. A Organização Internacional do Trabalho, também criada pelo Tratado de Versalhes que gerou a Liga das Nações, preocupada com as condições de vida dos trabalhadores indígenas, formou a Comissão de Peritos em Trabalho Indígena que, dentre outras medidas, discutiu e propôs o texto da Convenção nº 107, vinculando a noção de desenvolvimento dos povos à sua integração às sociedades de Estado – entendimento que só veio a se alterar, na década de 1980, após a mobilização de indígenas e o surgimento de novos estudos sobre desenvolvimento, em âmbito internacional (GARZÓN, 2009, p. 17-20).

Para a elaboração do Código Penal, de 1940, adotou-se a teoria psicológica de culpabilidade (MACHADO, 2010, p. 202), segundo a qual o dolo e a culpa são encarados como seus elementos e compreendidos como a expressão da vontade do agente de realizar a conduta típica e ilícita. Há uma relação psicológica do autor com o fato e, por essa razão, Francisco Campos define, na Exposição de Motivos, a culpabilidade como elemento subjetivo do crime. “Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada” (in PIERANGELI, 2004, p. 412).

Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, por meio da Lei nº 7.209, de 1984, que adotou a teoria normativa, a culpabilidade passou a ser encarada como o juízo de reprovação sobre o sujeito que realiza o tipo de injusto e tem por fundamentos: a) a capacidade de ser culpável (imputabilidade); b) o conhecimento concreto do injusto (potencial consciência da ilicitude) e c) inexigibilidade de conduta diversa, isto é, a “(...) normalidade das circunstâncias do fato e [a] concreta indicação do *poder de não fazer o que fez*, excluído ou reduzido nas situações de exculpação” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 273-274). Nesse sentido, incorporando a teoria finalista de Welzel, a Parte Geral do Código Penal separa a consciência do fato da consciência da antijuridicidade do fato – conquanto a ausência daquela constitua o erro de tipo, com a consequente exclusão do dolo, a inexistência desta exclui ou reduz a culpabilidade (erro de proibição).

Dentre os três elementos, a capacidade de culpabilidade – e mais propriamente, sua exclusão ou minoração – é eleita o critério basilar para análise da reprovabilidade dos indígenas, reproduzindo-se na dogmática penal o teor da criminologia etiológica. O Código Penal a define negativamente, por meio do critério biopsíquico⁵¹.

Nos seus “Comentários ao Código Penal”, Nelson Hungria fez constar entre os deficientes mentais o “[...] *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável” (1958, p. 330), considerando que, para ele, o conceito de mente abrangia também o de “senso moral” – aproximando-se, portanto, de Garofalo na descrição do “delito natural”. Explicou,

⁵¹ Previa o artigo 22, *caput*, do Código Penal: “Art. 22. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, em julho de 1984, a inimputabilidade e semi-imputabilidade passaram a ser tratadas no artigo 26 do seguinte modo: “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

também, o porquê de a Comissão Revisora do anteprojeto de Alcântara Machado não ter assumido publicamente este entendimento e positivado norma específica reguladora da situação jurídica do indígena.

Segundo Hungria:

Dir-se-á que tendo sido declarados, em dispositivos à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao desenvolvimento mental incompleto, mas explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os *silvícolas*, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio (*idem*, p. 337).

O critério de inimputabilidade teria, a partir de então, primazia nos julgados e na doutrina jurídica quanto à análise da culpabilidade de indígenas, sem aprofundamento quanto aos instrumentos jurídicos utilizados para seu reconhecimento ou não.

Fernando A. N. Galvão da Rocha, por exemplo, reforça a tese de inutilidade do termo “desenvolvimento mental incompleto” previsto na fórmula legal, não fosse a sua alusão ter sido “(...) intencional [para] possibilita[r] alcançar, por interpretação extensiva, os silvícolas” (2007, p. 373), referendando Nelson Hungria.

André Estefam, ao ratificar a posição de indígenas como integrantes do rol de pessoas com desenvolvimento mental incompleto, informa que “(...) ao tempo do Código Penal de 1890, tais pessoas [“silvícolas” e surdos-mudos] eram expressamente mencionadas como ‘não criminosos’ [e que e]ssa ficção legal foi abandonada com a promulgação do atual Código Penal” (2012, p. 291), fazendo menção ao artigo 27⁵² daquele diploma legal que, na verdade, reportava-se apenas aos surdos-mudos.

Segundo César Roberto Bittencourt, “[d]esenvolvimento mental incompleto (...) é aquele que ainda não se concluiu, abrangendo os surdos-mudos e os silvícolas inadaptados (que recebem o tratamento do sistema biopsicológico); na hipótese destes últimos, a psicopatologia forense determinará, em cada caso concreto, se a *anormalidade* produz a incapacidade referida pela lei” (2010, p. 417). Diz ainda:

⁵² Dizia o artigo 27 do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 – Código Penal: “Art. 27 Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 anos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commetter o crime; § 5º Os que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual; § 6º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção ordinaria; § 7º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrucção, salvo provando-se que obraram com discernimento”.

Aos surdos-mudos equiparam-se os *silvícolas*, que podem hoje estar *aculturados*. No entanto, o nível de adaptação social às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em caso particular; havendo dúvidas, deve-se providenciar em avaliações antropológicas e sociológicas para se constar o grau de aculturação atingido. Evidentemente que a situação dos *silvícolas* não tem natureza *patológica*, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida dita *civilizada* e a diferença de escala de valores (BITTENCOURT, 2010, p. 417).

A inadaptação dos “silvícolas” também é referida, na doutrina, como uma das causas biológicas que constituem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao lado das oligofrenias e da surdo-mudez (COSTA JR., 2005, p. 117).

Rogério Greco acompanha Nelson Hungria, fazendo, no entanto, ressalva aos surdos-mudos, em nada retificando as considerações sobre a responsabilidade penal de indígenas (2008, p. 114). Magalhães Noronha, equiparando-os aos menores, alerta que, no caso dos “silvícolas” não ajustados à civilização, “[n]ão se trata de patologia, mas de inadaptação a um viver de nível cultural que não possuem” (1959, p. 211).

Para Cleber Masson,

[o] desenvolvimento mental incompleto abrange os menores de 18 anos e os silvícolas. Para os menores de 18 anos de idade a regra é inócua, pois deles já cuidam o art. 228 da CF e o art. 27 do CP. Os silvícolas, por outro lado, nem sempre serão inimputáveis. Depende do grau de assimilação dos valores sociais, a ser revelado pelo exame pericial. Destarte, dependendo da conclusão da perícia, o **silvícola** pode ser: a) imputável: se integrado à vida em sociedade; b) semi-imputável: no caso de estar dividido entre o convívio na tribo e na sociedade; e c) inimputável: quando completamente incapaz de viver em sociedade, desconhecendo as regras que lhe são inerentes (2014, p. 193).

A necessidade de laudo antropológico para aferir a imputabilidade é controversa. Para Fernando Capez, torna-se imprescindível sua produção quando se versa sobre a inimputabilidade dos “homens da floresta” (2005, p. 308). Leonardo Luiz de Figueiredo Costa, por outro lado, dispensa-o, ao concluir que “(...) os silvícolas serão imputáveis na medida do seu grau de integração (art. 56, da Lei nº 6.001/73) [e] se estiverem aculturados, totalmente inseridos na sociedade, são plenamente imputáveis” (2005, p.87). Nesse sentido, Fernando de Almeida Pedrosa:

Com relação ao *silvícola*, esta simples condição não lhe confere carta de alforria. Assim, não há inimputabilidade se o indígena já estiver integrado e adaptado ao meio civilizado, sendo até dispensável laudo antropológico se sua integração for evidente em razão do grau de sua escolaridade, por ser eleitor, habilitado para dirigir veículo ou operador em instituição financeira, o que significa que a simples condição de silvícola não exclui a imputabilidade.

Desta sorte, em qualquer hipótese, sempre será fundamental conjugar ao fator meramente biológico a sua significação psicológica (2008, p. 552).

Batazar Jr., compilando as orientações jurisprudenciais quanto à imputabilidade de indígenas, informa que, segundo a nova concepção da Constituição Federal de 1988, que os considera sujeitos de direitos, “(...) a imputabilidade do índio deverá ser verificada mediante perícia, a fim de verificar sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, consideradas as particularidades de sua cultura e costumes” (2012, p. 360).

Em seu “Código penal anotado”, Damásio de Jesus (2009) também resume as linhas gerais sob as quais se define a imputabilidade de indígenas. Deste modo:

Silvícolas inadaptados

São inimputáveis (RT, 508: 405; RDP, 2: 110).

Índio aculturado

É imputável (STF, RHC 64.476, RT, 614: 393; TJMS, ACrim 30.689, RT, 694: 364).

Índio em fase de integração

Só por isso não é inimputável, exigindo-se laudo pericial a respeito da imputabilidade (STF, RECrIm 97.064, RTJ, 105: 396) (2009, p. 125).

Para Heleno Fragoso, porém, “(...) nem sempre a questão estará bem posta pelo aspecto da inimputabilidade” (1978, p. 608), porque se esta é a incapacidade de determinar a própria conduta em conformidade ao ordenamento jurídico (e os indígenas a possuem, embora pautados por preceitos morais de sua ancestralidade), “[t]rata-se de atribuir relevância jurídica ao *déficit* social dos silvícolas, enquanto estranhos e alheios ao nosso estilo de civilização” (*idem*). Coloca-se novamente a necessidade de analisar o grau de integração dos indígenas à sociedade não indígena, sem, contudo, abandonar de todo o critério de inimputabilidade que, para Heleno Fragoso, era fenômeno observado nos indígenas inadaptados.

Seria indubitavelmente mais correto estabelecer expressamente a inimputabilidade do silvícola inadaptado. Aqui, com grande clareza, se revela muito bem o caráter valorativo do juízo de inimputabilidade, que compete ao julgador, na análise da capacidade de culpa (*idem*, p. 609).

Guilherme de Souza Nucci, igualmente, afirma que “(...) nem sempre o índio deve ser considerado inimputável ou semi-imputável, mormente quando estiver integrado à civilização” (2008, p. 273).

Este entendimento doutrinário é, portanto, conforme ao ideal integracionista (assimilacionista) do Estatuto do Índio, embora contrário à Constituição Federal, que adotou o “paradigma da pluriétnicidade”, ao reconhecer direitos aos variados grupos étnicos que compõem o País. De acordo com este paradigma, “(...) o grau maior de

integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal”, sendo isto “(...) consequência do reconhecimento de que não há uma escala de desenvolvimento de grupos étnicos. Eles apenas são diferentes” (CASTILHO e COSTA, 2009, p. 60).

Poucos são os doutrinadores que analisam a reprovação da culpabilidade de indígenas de acordo com sua potencial consciência da ilicitude ou por não lhes ser exigível conduta diversa⁵³. Tende-se, em geral, a averiguar se o indígena tinha conhecimento do injusto ou se podia agir em conformidade a ele e, deste modo, se este conhecimento se viu reduzido ou excluído pela ocorrência do erro de proibição – o que, segundo a teoria da culpabilidade, corresponde ao erro quanto ao injusto do fato. “[O] autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da proibição do fato” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 297).

Para René Ariel Dotti, contudo, não há “(...) operação mental de validade absoluta, como equação algébrica, para a determinação da culpabilidade em matéria penal” (*in* VILLARES, 2011, p. 72), cabendo examinar, antes, o caso concreto, bem como as circunstâncias do crime, para sua aferição. Para o autor, “[o] índio estará isento de pena se o fato punível por ele praticado não estiver na categoria de valores próprios de seus usos e costumes [devendo-se] reconhecer a hipótese típica do *erro inevitável sobre a ilicitude do fato* (CP, art. 21)” (DOTTI, 2010, p. 506). Aliás,

[f]ica a advertência de que, mesmo totalmente integrado à sociedade nacional e à sua cultura, da cidade ou do campo, o indígena ainda conserva raízes que não podem ser renegadas. Há *influências grupais* que estabelecem, no seu próprio âmbito de civilização e cultura, a noção de licitude ou ilicitude da conduta. Assim, um índio Guajajara, descendente desta etnia que tem como tradição cultural o uso da maconha em determinados rituais, não deve ser tratado como qualquer outro usuário da mesma droga pelo fato de falar português e morar na cidade (*in* VILLARES, 2011, p. 73).

⁵³ “De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma ‘mentalidade primitiva’, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 559).

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli fazem, no erro de proibição, uma distinção entre o erro de conhecimento e o erro de compreensão. Para os autores, o erro de conhecimento, que recai sobre a ilicitude da conduta (ou sua antijuridicidade), pode ser direto (quando o agente erra sobre o conteúdo da norma proibitiva, tendo por objeto a lei penal) ou indireto (quando o erro recai sobre a permissividade de causa justificante ou seus limites jurídicos). Quando, porém, é inexigível que o agente entenda a regra e “(...) a não internalização de seu valor se dá em razão do condicionamento cultural do agente, está-se diante de um erro de compreensão culturalmente condicionado” (REZENDE, 2009, p. 83). Em todo caso, nestas hipóteses, cabe indagar se a inevitabilidade do erro deve sempre redundar na absolvição do agente.

A evitabilidade do erro de proibição refere-se à possibilidade de conhecimento do injusto, da “(...) reflexão e informação do agente sobre o injusto específico do tipo legal” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 306)⁵⁴.

Para os autores, nem sempre o indígena entenderá a ilicitude da sua conduta, em razão dos valores apreendidos em sua cultura e que o impedem de compreender a proibição da norma. Caberia, apenas, o respeito ao seu modo de agir, sob pena de se pretender uma imposição etnocêntrica de valores outros, alheios à sua realidade – objetivo, aliás, segundo os autores, perseguido pelo Estatuto do Índio, que na busca pela integração dos indígenas à “sociedade nacional” acaba “(...) esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa” (2011, p. 559).

O erro de compreensão culturalmente condicionado, entretanto, desconsidera que no erro de proibição exige-se apenas o conhecimento da proibição do tipo de injusto – e não a internalização do valor do bem jurídico que este visa a tutelar. O Estado não exige que o agente a internalize como um valor próprio, mas que a conheça – ao menos na forma como o erro de proibição foi adotado pela legislação penal brasileira⁵⁵.

⁵⁴ Para Juarez Cirino dos Santos, “[a] *possibilidade* de conhecimento do injusto, que indica a *evitabilidade* do erro de proibição, depende de múltiplas variáveis, como a posição social, a capacidade individual, as representações de valor do autor etc. e deve ser medida por critérios *normais* de reflexão ou de informação, e não por critérios *rigorosos*, incompatíveis com a vida social” (2012, p. 305). Mesmo porque, ainda conforme o autor, “(...) em sociedades com elevadas taxas de *exclusão* do mercado de trabalho e do sistema escolar – ou seja, marcadas pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira –, a frequência do erro de proibição e a imprecisão dos critérios de evitabilidade/inevitabilidade do erro reclamam atitudes democráticas na sua avaliação: bitola larga para a *inevitabilidade*, bitola estreita para a *evitabilidade* do erro de proibição” (*idem*, p. 309).

⁵⁵ Sob a rubrica de “erro sobre a ilicitude do fato”, o Código Penal, após a reforma da Parte Geral, de 1984, que se filiou à teoria limitada da culpabilidade, trata o erro de proibição do seguinte modo: “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena;

De todo modo, alguns doutrinadores desenvolveram também suas análises quanto à culpabilidade de indígenas sob vias outras que não a de sua inimputabilidade. Neste sentido: “[n]ão se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, mas por ausência de potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa” (CUNHA, 2014, p. 265).

Victor Gabriel Rodríguez, embora reconheça que indígenas ainda não integrados possam se encontrar em “fase anterior de desenvolvimento” (acatando, ainda que parcialmente, o evolucionismo social spenceriano) e exemplificando suas considerações com exemplos etnológicos vagos sobre “tribos da Amazônia”, afirma, contudo, que “(...) não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado” (2010, p. 284). E, ainda:

O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possam impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas – mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo (*idem*, p. 284-285),

Segundo Paulo Queiroz, independentemente do grau de integração do indígena à “sociedade nacional”, é forçoso reconhecer sua imputabilidade (isto é, sua capacidade de imputação), não sendo admitível pressupor-se seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado apenas em razão do contato interétnico. Mas, conclui o autor, a sua “(...) imputabilidade há que ser apreciada segundo a sua tradição, e não conforme os valores eurocêntricos da cultura dominante” (2015, p. 8-9). Reconhecendo, também, a possibilidade de se alegar a falta de conhecimento da proibição penal (como erro vencível ou invencível sobre a ilicitude do fato), Paulo Queiroz⁵⁶ afirma, porém, que em muitas ocasiões o que se opera é a atipicidade da conduta.

se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

⁵⁶ Manifestando-se sobre a jurisdição indígena, Paulo Queiroz afirma que seu reconhecimento decorre da interpretação do artigo 231 da Constituição Federal, que reconhece aos indígenas o direito à organização social. Assim, a autonomia do direito penal indígena aconteceria em relação às infrações cometidas em seu território, envolvendo seus membros, sendo o direito penal oficial apenas residual (o que não impediria a provocação do Poder Judiciário, dado ser esta uma garantia fundamental prevista no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal – “princípio da inafastabilidade da jurisdição”). E conclui: “Efetivamente, ninguém está em melhor condição de julgar o índio do que a própria comunidade indígena em que se deu o conflito. E mais legitimamente. Tolerar que o índio continue a ser julgado segundo o direito oficial é tão injusto e inadequado quanto o contrário: permitir que os não índios fossem julgados

Justamente por isso, não há, em princípio, fato típico quando o agente pratica conduta de acordo com suas tradições, costumes e crenças. Assim, por exemplo, não existe estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) no âmbito de certas comunidades indígenas onde o acasalamento ocorre antes dos 14 anos de idade. Cuida-se de fato atípico. Nem é típica a pesca ou caça, entre outras atividades inerentes à tradição indígena, que poderiam (em tese) configurar crime ambiental (*idem*, p. 8).

Para Guilherme Madi Rezende, estas circunstâncias estariam melhor descritas como hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, “(...) seja isoladamente, em casos onde é suficiente para afastar a culpabilidade, seja combinado com o critério da individualização da pena, onde a inexigibilidade não tiver força suficiente para afastar a culpabilidade, mas tão-somente para atenuá-la” (2009, p. 101).

Para que se possa, então, afirmar esta excludente é importante que se avalie se a conduta do indígena estava de acordo com os valores próprios de seu povo. Se sim, considerando que estes valores, apesar de conflitantes com os valores da norma que incrimina a conduta, são respeitados e protegidos, estará o indígena acolhido pela inexigibilidade de conduta diversa. Se não, não se há falar nesta excludente (*idem*, p. 102).

Algumas propostas legislativas foram apresentadas no Congresso Nacional para disciplinar, de modo mais amplo, o tratamento jurídico-penal de indígenas. O Projeto de Lei do Senado – PLS nº 216, de 2008, por exemplo, considera os indígenas “isolados” como inimputáveis e os “em vias de integração” e “integrados” como imputáveis.

Outras propostas, porém, tentaram disciplinar a questão do erro que lhes seria aplicável, como o PLS nº 236, de 2012, fruto de Comissão Revisora do Código Penal⁵⁷:

Índios

Art. 36. Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.

§1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.

de acordo com o direito indígena. Ofende-se, assim, o princípio da igualdade ao negar o direito à diferença e ao tratar como iguais os desiguais” (QUEIROZ, 2015, p. 8).

⁵⁷ O Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, apresentado no exíguo prazo de sete meses de trabalhos da Comissão Revisora, sofreu severas críticas da doutrina jurídica e de diversas agências do sistema de justiça criminal. Mencione-se, a título de exemplo, trecho de Carta Aberta, formulada no encerramento do “Seminário Crítico da Reforma Penal”, realizado entre os dias 11 e 13 de setembro de 2012, pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: “A notável pobreza teórica do Projeto, constatada por unanimidade, precisa ser destacada porque implica maior dificuldade na tentativa de controle democrático da competência punitiva do Estado. Assim é que, por suas falhas, o Projeto afasta o Direito Penal simultaneamente da Ciência e da Cidadania, isto é, não só se opõe ao saber jurídico, mas também ao soberano poder popular” (TAVARES, 2012, p. 273).

§2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

§3º Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros (SENADO FEDERAL, 2012, p. 21).

É de se notar, porém, que embora mencione haver aí a incidência do erro de proibição, o PLS nº 236, de 2012, disciplina, em verdade, algo próximo do erro de compreensão culturalmente condicionado, idealizado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, na medida em que se reporta à dificuldade de compreensão ou de internalização do valor da norma proibitiva como condição para a redução da pena, prevendo, pois, outro elemento para a ocorrência do erro de proibição que o mero desconhecimento da norma.

Para Alaor Leite, trata-se do reconhecimento da figura do autor por convicção ou da previsão de uma exculpação por fato da consciência, isto é, determina-se que ainda que o agente (índigena) tenha a consciência da ilicitude de sua conduta, por guiar-se por uma ordem jurídica própria e, segundo ela, definir sua conduta, será abarcado pela diminuição da pena por ser inexigível comportamento diverso do tipo de injusto (LEITE, 2012, p. 74).

Na Exposição de Motivos do anteprojeto de Código Penal, o relator Luiz Carlos dos Santos Gonçalves justificou o tratamento penal dos indígenas sob o critério de erro de proibição argumentando que apenas ele permite mensurar o grau de compreensão dos comportamentos vedados, sendo imprescindível, aliás, a produção de laudo antropológico.

(...) O tratamento como caso de erro de proibição permite, se justificável o engano sobre o que se proíbe ou não, isentar de pena. Se o erro não for justificável, será possível, para o índio, obter redução de pena de um sexto a dois terços (mais do que na regra comum, na qual a redução é de um sexto a um terço). Por fim, se mesmo o “homem branco” procura formas alternativas de punir, negar esta possibilidade às comunidades indígenas seria desarrazoado (SENADO FEDERAL, 2012, p. 226).

Segundo Alaor Leite, o que se propõe ser garantista acaba, entretanto, por reafirmar a coisificação de indígenas, pois que a diferenciação entre o índio e o “homem branco” conduz não só a uma quebra do princípio de igualdade, como a uma suposta superioridade da ordem jurídica oficial sobre a dos povos indígenas (2012, p. 75).

Essas, em resumo, as lições doutrinárias acerca da culpabilidade de indígenas.

Minoritariamente, os doutrinadores acenam para sua análise sob o viés da potencial consciência da ilicitude ou, ainda, sob a inexigibilidade de conduta diversa. Consideram que, dado o respeito constitucionalmente assegurado às suas formas de organização social, é imprescindível averiguar-se se o agente indígena conhecia o desvalor da norma ou se era possível exigir-lhe comportamento diverso.

Há, ainda, no campo da tipicidade, os que afirmam que, em muitos casos, a conduta, embora ilícita, deve ser considerada atípica, sob os critérios de cada cultura, não se podendo dizer que com tal prática tenha sido colocado em risco algum bem juridicamente tutelado pelo Estado.

Majoritariamente, porém, repete-se o teor da legislação sem aprofundamento qualquer, reforçando sua omissão, tendo em vista que o próprio legislador, baseando-se na Exposição de Motivos do Código Penal, preferiu abarcá-los sob a fórmula vaga de “desenvolvimento mental incompleto”, junto aos surdos-mudos, a ter de mencioná-los expressamente na lei, sob pena de ter que se reconhecer a presença de “gentios infestando o País”. Esta circunstância, aliás, para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, só pode representar o ardil do Código Penal brasileiro, pois

(...) ao mesmo tempo que prega uma peça aos estrangeiros (curiosa preocupação ao se elaborar uma lei nacional), que não poderão imaginar a existência de índios ‘infestando’ a civilização, garantem aos ‘infestadores’ um escondido direito, de difícil aplicação e singularmente inútil. Esta vergonha do Direito Penal brasileiro tem a mesma cor e fundamento da vergonha da lei em relação aos escravos no século XIX, o temor de mostrar ao mundo a realidade nacional, suas mazelas, injustiças e defeitos (2004, p. 111).

Em geral, apoiando-se nos discursos criminológicos positivistas, na legislação tutelar e nessa dogmática penal que apenas os ratificam, a jurisprudência criminal brasileira, quanto à criminalização de acusados indígenas, reafirma os estigmas racistas e etnocêntricos para reconhecer ou afastar seus direitos peculiares.

Deste modo, ignora-se que “(...) o homem e sua existência social concreta devem estar no centro da experiência jurídico-penal, particularmente nas áreas da culpabilidade e da aplicação e execução da pena” (BATISTA, 2011, p. 91), para promover-se uma *penalidade civilizatória*, isto é, uma criminalização que reafirma a inferioridade biopsíquica ou o desaparecimento de indígenas, por meio do cumprimento do ideal integracionista (assimilacionista) da legislação ordinária, como passamos a analisar.

CAPÍTULO III

A PENALIDADE CIVILIZATÓRIA DE INDÍGENAS

3.1 Metodologia aplicada na análise da jurisprudência criminal

Almejando estudar o discurso jurídico dos tribunais brasileiros na criminalização de indígenas – seu entendimento sobre a influência da cultura e do impacto das relações interétnicas no comportamento individual, de seu respeito à diversidade étnica e reconhecimento das diversas manifestações de organização social coexistentes no território nacional – realizamos o levantamento da jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal, dos tribunais regionais federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, fazendo consulta em seus sítios eletrônicos, pela rede mundial de computadores.

Mencionamos, contudo, como limitador da pesquisa, que nem todos os tribunais completaram o processo de informatização de seu acervo, podendo haver, portanto, uma série de julgados sobre criminalização de indígenas que não se encontravam, ainda, digitalizados à época do levantamento. Além disso, diferem entre os tribunais as empresas prestadoras do serviço de compilação e sistematização dos julgados, segundo as ferramentas oferecidas no momento de licitação e de sua contratação – o que resulta em maior ou menor acuidade da pesquisa efetuada pela rede.

Usando como índices para pesquisa os termos “índio”, “indígena” e “silvícola” (que, embora abandonado pela etnologia contemporânea e pelo texto constitucional, é corrente na doutrina e jurisprudência penais atuais), selecionamos apenas os julgados em matéria criminal e, dentre estes, aqueles que, especificamente, versaram sobre a criminalização de acusados que suscitaram suas identidades étnicas para requerer assistência jurídica apropriada, a aplicação de atenuante de sanção penal, o regime prisional diferenciado (direitos previstos pelo Estatuto do Índio) ou para amparar a tese de exclusão ou diminuição da culpabilidade, seja pelo reforço do argumento de inimizabilidade de indígenas, seja pelo reconhecimento de erro de proibição ou de causa de inexigibilidade de conduta diversa do tipo de injusto.

Não analisamos, assim, os julgados criminais em que os indígenas figuraram como vítimas, porque, embora cientes de que seu estudo seria essencial para configurar o nível de proteção jurídica que se lhes atribui (principalmente em comparação àquele dado aos não indígenas, em crimes cometidos por indígenas), para fins deste trabalho, limitamo-nos aos julgados em que foi preciso ao Judiciário pronunciar-se sobre a identidade étnica daqueles sobre os quais se pretendia exercer, ampla ou restritamente, o poder punitivo do Estado.

Excluímos do campo de estudo, também, os casos em que os fatos se deram em “reserva indígena”⁵⁸ ou cujo vulgo do acusado é “índio”, sem que suposta identidade étnica fosse sustentada pela acusação ou defesa, pois apenas o local do crime ou a alcunha do acusado não fornece elementos seguros sobre aquela.

Nosso objetivo é o de desvelar os critérios utilizados pelo Judiciário (amparados por laudo técnico ou não) para a definição da identidade étnica dos indígenas e o reconhecimento de seus direitos ou enfrentamento das questões suscitadas pela defesa, de modo a possibilitar, ao fim, a construção de uma crítica que não apenas desvele o paradigma etiológico que ainda norteia o julgador na criminalização de indígenas, mas, principalmente, que conduza a seu abandono e transformação.

Entendemos que aqueles critérios estão marcados pelo olhar evolucionista spenceriano que condiciona os estudos jurídicos sobre os indígenas até hoje, bem como a própria legislação indigenista infraconstitucional, mesmo depois da alteração paradigmática contemplada pelo texto constitucional, fazendo com que o racismo suscitado sirva ainda como o fundamento de uma política indigenista etnocida, por meio da qual se comunica a transitoriedade dos indígenas e completa integração (assimilação) à “sociedade nacional”.

Considerar-se-ão integrados à sociedade todos aqueles que não correspondam ao índio arquetípico (atemporal e universal), bastando o mero conhecimento da língua portuguesa, por exemplo, para afastar sua identidade étnica.

⁵⁸ O Estatuto do Índio foi elaborado num contexto histórico em que se propugnava pela integração dos indígenas à “sociedade nacional” e a distinção entre espécies de terras (ou “áreas reservadas”, nos termos da lei) apenas orientava as políticas públicas que se deveriam exercer em cada uma delas para atingir aquele objetivo. Deste modo, segundo o artigo 27, “reserva indígena” é tão-somente aquela área destinada para servir de *habitat* a um grupo indígena, com meios necessários à sua subsistência. Os “parques indígenas” e as “colônias agrícolas indígenas”, respectivamente previstas nos artigos 28 e 29 do Estatuto, destinavam-se aos indígenas em processo de integração (assimilação). Embora esta distinção não tenha mais importância jurídico-administrativa frente às disposições constitucionais, que reconhecem aos indígenas o direito às terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231), é ela comumente mencionada pela jurisprudência dos tribunais, razão pela qual mantivemos a expressão “reserva indígena” no texto, com as ressalvas aqui feitas de sua impropriedade técnica.

A isso chamamos de *penalidade civilizatória*: uma função política do direito penal aplicado aos indígenas pelas agências do sistema de justiça que, acriticamente, reproduzem argumentos racistas e etnocêntricos com a finalidade de reforçar a ideia de seu desaparecimento ou neutralização, isto é, de sua assimilação, total ou parcial, de usos e costumes da “sociedade nacional” – o que, simultaneamente, conduz à sua inserção forçada na sociedade de Estado e ao controle dos que são a ela resistentes.

Nosso campo de estudo neste tópico é, portanto, a criminalização secundária produzida por agências no âmbito do processo (promotores de justiça, defensores, magistrados, etc.), considerada o exercício da punibilidade estatal sobre pessoas concretas, em cumprimento ao ato formal programático de criminalização primária. Afinal, “(...) a repressão não decorre diretamente da transgressão, de que ela supõe, porém, o sucesso dum procedimento de declaração (...)” (ROBERT, 2007, p. 142-143) empreendido por aquelas agências.

Embora, para Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 51), sejam as agências policiais as que operam, de modo mais contundente, a seleção secundária da população criminalizada, fato é que as agências disputam, entre si, a primazia de perfazimento do programa de criminalização primária, o que leva ao enfraquecimento da crítica e ao desgaste da fundamentação teórica de decisões das agências judiciais.

Aliás, veem-se estas pressionadas pelas demais para assegurar seu papel central na função criminalizante, notadamente quando são expostas ao amplo programa de criminalização primária e ao apelo midiático pela maximização do sistema punitivo.

Quanto mais dependente das agências políticas for a estrutura da judicial, maiores serão estas pressões e menor seu potencial crítico: o recrutamento de operadores tenderá a excluir potenciais críticos e o verticalismo a controlar quem pudesse ter dissimulado, por ocasião de seu ingresso, sua capacidade de observação da realidade. O produto final desta competitividade costuma resultar em leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes e uma opinião pública confundida e desinformada (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.61).

Por esta razão, as decisões judiciais que criminalizam os indígenas voltam-se, em geral, à menção da integração para justificar a aplicação irrestrita do poder punitivo do Estado, em reforço ao “mito da Modernidade” (DUSSEL, 1994) e com amparo no princípio de igualdade para justificar a aplicação do direito penal a todos os indivíduos com o mesmo peso e eficácia.

Analisamos, ao todo, 319 julgados (215 dos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal, 38 dos tribunais regionais federais e 66, do Superior Tribunal de

Justiça e Supremo Tribunal Federal somados), excepcionada uma decisão judicial de primeira instância de Roraima, que trouxemos ao corpo da pesquisa por ser pioneira em matéria de reconhecimento do poder de punir dos povos indígenas envolvidos.

Pretendendo averiguar a profundidade argumentativa dos tribunais no tratamento jurídico-penal de indígenas, destacamos de suas decisões as seguintes informações, que não se isolam ou se sobrepõem, mas que são correntemente arguidas pela defesa técnica em diferentes momentos do processo penal:

1. **Realização de exame pericial** para aferição da culpabilidade do acusado;
2. **Participação do órgão assistencial (Funai)**, por meio da Procuradoria Federal Especializada, na hipótese de acusado indígena;
3. **Competência para julgamento**, se da justiça estadual ou federal;
4. **Direitos do indígena criminalizado**, como a aplicação da atenuante de pena ou de regime prisional diferenciado, previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio;
5. **Respeito aos usos e costumes do povo indígena** ao qual se vincula o acusado, com o reconhecimento de outras formas de punição diversas da prisão.

Tais pleitos defensivos podem ser concomitantes num mesmo processo criminal (por exemplo, a defesa pode requerer nulidade processual pela não realização de laudo pericial e, subsidiariamente, a aplicação de atenuante prevista no *caput* do artigo 56 do Estatuto do Índio), razão pela qual a soma do número de vezes em que são mencionados nem sempre corresponde ao número de processos analisados.

Na medida em que tais dados estiveram presentes, destacamos as etnias dos indígenas acusados, os crimes imputados e os principais critérios utilizados pelo julgador para atestar seu grau de integração à “sociedade nacional”, o que, pensamos, contribuem para o mapeamento da criminalização de indígenas no País e revelam o índio arquetípico (universal e atemporal) que habita o imaginário dos tribunais, em confronto com a realidade dos indígenas criminalizados.

A análise dos julgados segundo tais parâmetros nos auxiliará, também, a reconhecer medidas judiciais que contribuem para a superação do paradigma racista e etiológico, permitindo, deste modo, o exercício futuro de uma prática transformadora.

3.2 Jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal

De todos os bancos de dados dos tribunais de justiça pesquisados, encontramos 215 julgados versando sobre a criminalização de indígenas. Desse total, 52,15% (113 casos) são recursos de apelação; 28,90% (62 casos) são autos de *habeas corpus* impetrados; 13,95% (30 casos) são recursos em sentido estrito; 2% (4 casos), relacionam-se ao recurso de agravo em execução penal; 0,95% (2 casos) correspondem ao incidente processual de desaforamento – mesma porcentagem para as duas ações revisionais analisadas – e 0,5% referem-se ao único incidente processual de conflito de competência suscitado. Mesma porcentagem para o único recurso *ex officio* interposto.

O pleito defensivo de aplicação do regime prisional especial de semiliberdade, previsto pelo parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio, aparece em 27,91% dos casos (60 julgados), seguido do pleito pelo reconhecimento de nulidade absoluta, pela não produção de laudo antropológico (25,58% dos casos, correspondentes a 55 julgados).

Isso se deve ao fato de haver cumulação de pedidos: em geral, a defesa técnica requer o reconhecimento de nulidade processual (seja pela ausência de prova pericial adequada, seja pela incompetência do juízo estadual) e, na hipótese de ser este pleito indeferido, que se garanta a execução da pena ou o cumprimento de medida prisional cautelar em semiliberdade.

De fato, a arguição de incompetência do órgão julgador aparece em 17,21% dos casos (37 julgados), sustentando a defesa técnica que, por decorrerem de disputas sobre direitos indígenas, os crimes sob julgamento deveriam ser processados e julgados pela justiça federal, em conformidade ao mandamento constitucional.

Dos incisos I a X do artigo 109, a Constituição Federal dispõe sobre as “causas” e os “crimes” de competência dos juízes federais para seu processamento e julgamento, mencionando a “disputa” sobre direitos indígenas de maneira isolada, no inciso XI.

Majoritariamente, seguindo-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como veremos, os tribunais de justiça estaduais entendem por “disputas sobre direitos indígenas” apenas os conflitos relativos à posse das terras indígenas, o que revelaria, assim, o interesse da União sobre o julgamento dos fatos.

Para os demais casos, porém, em que os indígenas, individualmente, aparecem como vítimas ou acusados, não se configuraria a hipótese de competência especial da

justiça federal, tornando as justiças estaduais competentes para seu processamento e julgamento.

Para Manoel Lauro Volkmer de Castilho, contudo, a distinção promovida pela Constituição Federal entre os conceitos de “causas”, “crimes” e “disputas” impõe ao intérprete o exercício de uma hermenêutica específica, que defina “disputa” como uma categoria jurídico-constitucional relacionada diretamente aos direitos indígenas e que deles, portanto, receba contínua inspiração (2004, p. 83).

Assim, para o autor, deve-se construir um conceito de “disputa” cujo conteúdo jurídico não se dissocie da realidade dos povos indígenas. Por consequência, dispensar-se-ia a prévia aferição de rígidos pressupostos processuais para seu reconhecimento (*idem*, p. 84), sob pena de produzir-se uma definição puramente técnica.

Aliás, empreendendo uma interpretação sistemática do texto constitucional, deve-se estender a competência da justiça federal também para o processamento e julgamento de “interesses” dos indígenas, considerando que o inciso V, do artigo 129, dispõe como atribuição do Ministério Público a defesa judicial dos “(...) direitos e interesses das populações indígenas” (*idem*).

A celeuma está, portanto, na delimitação da competência judicial na área criminal, principalmente quando o indígena é autor do crime.

A jurisprudência majoritária detém-se sobre a matéria em exame (o crime) sem aprofundar a sua análise, isto é, define a competência a partir da natureza da conduta ilícita (se de competência da justiça estadual ou da justiça federal), sem examinar se sua prática estava ou não afeta aos direitos e interesses dos indígenas, à luz do artigo 231 da Constituição Federal, que reconhece aos índios o direito à sua organização social, aos costumes, línguas, crenças e às tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

O quarto pleito mais requerido pela defesa técnica, do total de julgados dos tribunais de justiça estaduais, é a aplicação da atenuante de pena, prevista no *caput* do artigo 56 do Estatuto do Índio – 16,38% dos casos (35 julgados). A nulidade por não participação no curso do processo criminal de Procurador Federal Especializado aparece em 6,51% dos casos (14 julgados), sendo esta mesma porcentagem para pedidos de concessão de liberdade, por aplicação da C169, da OIT (14 julgados).

Vejamos, doravante, divididos por suas regiões geográficas, como cada tribunal de justiça manifesta-se sobre tais matérias.

3.2.1 Região Norte

Nos tribunais de justiça estaduais da região norte do País (composta pelos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins), foram encontrados, ao todo, 28 julgados sobre criminalização de indígenas: 50% deles são de recursos de apelação (14 casos); 39,29% são de *habeas corpus* impetrados (11 casos); 7,14% são de recursos em sentido estrito (2 casos) e 3,57%, de incidente de desaforamento (1 caso).

Do total de julgados, o pleito pela aplicação da atenuante de pena ao acusado indígena aparece em 25% deles (7 casos); a determinação de cumprimento de pena, no regime especial de semiliberdade, é requerida em 21,43% dos julgados (6 casos) e em 14,28% deles (4 casos) requereu-se o direito ao indígena de responder o processo em liberdade.

Em 25% dos julgados (7 casos), foi arguida a nulidade processual pela não produção de laudo antropológico para aferir o grau de integração do indígena à “sociedade nacional”; 10,71% deles (3 casos) versaram sobre a necessidade de participação de Procurador Federal Especializado da Funai no curso do processo penal e, em 7,14% dos julgados (2 casos), foi sustentada a nulidade processual por incompetência da justiça estadual para o julgamento de crimes em que os indígenas são autores.

No Tribunal de Justiça do Estado do Acre – TJAC⁵⁹ foram encontrados seis casos de criminalização de indígenas. Ainda que a identidade étnica dos acusados não tivesse sido utilizada pela defesa técnica como argumento para requerer direitos previstos no Estatuto do Índio, ela serviu como argumento para o TJAC decretar a prisão preventiva em três hipóteses, por considerar que a soltura dos acusados poderia dificultar futura aplicação da lei penal, evitando-se que, com a revogação da medida cautelar, se refugiassem nas aldeias e contassem com o apoio de outros indígenas (HC n° 4.685-2⁶⁰, de 2009; HC n° 1.044-02⁶¹ e HC n° 1.032-85⁶², ambos de 2013).

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Disponível em: <http://www.tjac.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. *Habeas corpus* n° 4.685-2/2009. Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Praça. Data de julgamento: 26.nov.09. Data de publicação: 26.nov.09.

Os direitos a terem a pena atenuada, bem como ao regime prisional especial de semiliberdade foram afastados⁶³ na hipótese de ser o indígena considerado integrado (sem respaldo, no entanto, em laudo antropológico)⁶⁴. No julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de acusado da etnia Jaminawa Arara, o TJAC denegou a ordem para cumprimento de prisão cautelar em regime diferenciado, pois que a defesa técnica não havia provado a identidade étnica do paciente⁶⁵.

No Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – TJAP⁶⁶ foi encontrado apenas um julgado, em que se negou provimento ao recurso da defesa, que requereu a atenuante de pena, sob a justificativa de que se tratava de indígena integrado à “sociedade nacional”, sem, entretanto, respaldo em laudo antropológico (Ap. nº 2.078-28⁶⁷, de 2013).

No Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM⁶⁸ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas que tenham, ao menos, sido discutidos em nível recursal, ressalvados os processos em que a alcunha “índio” foi utilizada para identificar corréu ou testemunha dos fatos – dado que, como declaramos, foge aos interesses da pesquisa.

No Tribunal de Justiça do Estado do Pará – TJPA⁶⁹ foram encontrados dois casos de criminalização de indígenas: um relativo a pedido de desaforamento de júri e

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. *Habeas corpus* nº 1.044-02/2013. Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Denise Bonfim. Data de julgamento: 28.mai.13. Data de publicação: 10.jun.13.

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. *Habeas corpus* nº 1.032-85/2013. Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Denise Bonfim. Data de julgamento: 6.jun.13. Data de publicação: 10.jun.13.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação nº 2.778-0/2009. Câmara Criminal. Relator: Des. Feliciano Vasconcelos. Data de julgamento: 10.dez.09.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação nº 2.801-2/2009. Câmara Criminal. Relator: Des. Arquilau Melo. Data de julgamento: 26.nov.09.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. *Habeas corpus* nº 2.120-4/2008. Câmara Criminal. Relator: Des. Feliciano Vasconcelos. Data de julgamento: 11.set.08.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Apelação nº 2.078-28/2013. Câmara Única. Relator: Des. Carlos Tork. Data de julgamento: 18.nov.14. Data de publicação: 27.nov.14.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. Disponível em: <http://www.tjam.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

outro à aplicação de medida cautelar diversa da prisão preventiva, em razão da identidade étnica do custodiado.

O Ministério Público estadual requereu o desaforamento⁷⁰ de júri popular, que seria realizado na comarca de Jacareacanga/PA, para julgamento de indígena da etnia Munduruku por compreender que, por ser grande parte da população deste Município composta por indígenas, o veredito do conselho de jurados poderia ficar comprometido, em favor do acusado que teria influência na região. O pedido, no entanto, não foi provido pelo TJPA.

Nos autos do HC nº 11.670-4⁷¹, de 2012, a defesa técnica requereu, liminarmente, a soltura de indígena da etnia Guajajara, acusado da prática de tráfico de entorpecentes, não apenas pela irregularidade da prisão, mas porque, por sua identidade étnica, deveria, se o caso, ser aplicada medida cautelar diversa da prisão. A apreciação do *writ*, porém, ficou prejudicada, ante a expedição de alvará de soltura pela própria autoridade coatora.

No Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO⁷² foram encontrados oito casos de criminalização de indígenas.

Como ocorre comumente em outros tribunais, a arguição de incompetência da justiça comum e de outra nulidade processual (não assistência de representante da Funai ou não realização de laudo antropológico) são simultâneas.

A decisão do TJRO não sofre muitas alterações quando comparada às demais decisões dos tribunais de justiça de outros estados: assim, reforça-se o argumento segundo o qual cabe à justiça comum o julgamento de crimes cometidos ou sofridos por indígenas, desde que não haja “disputa por direitos indígenas” (variando, neste aspecto, a visão sobre sua real extensão)⁷³.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Incidente de desaforamento nº 13.695/2013. Câmaras Criminais Reunidas. Relator: Des. João José da Silva Maroja. Data de julgamento: 25.nov.13. Data de publicação: 28.nov.13.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. *Habeas corpus* nº 11.670-4/2012. Câmaras Criminais Reunidas. Relatora: Desª. Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha. Data de julgamento: 30.jul.12. Data de publicação: 1.ago.12.

⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Disponível em: <http://www.tjro.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Habeas corpus* nº 92.477/2003. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Zelite Andrade Carneiro. Data de julgamento: 10.fev.04. Data de publicação: 2.abr.04.

Além disso, dispensa-se a participação de Procurador Federal Especializado ou a produção de laudo antropológico, quando existente nos autos elementos suficientes que comprovem a integração do indígena à “sociedade nacional”. Neste sentido: RESE nº 54.765-43⁷⁴, de 2002, Ap. nº 68.661⁷⁵, de 2004 (em que se dispensou a perícia antropológica de acusado indígena, mas não a manifestação do juízo *a quo* sobre o grau de integração); RESE nº 8.129-38⁷⁶ e HC nº 5.172-85⁷⁷, ambos de 2010 (sendo que, neste *writ*, a acusada, indígena da etnia Suruí, foi considerada integrada por ter residência fixa, saber falar a língua portuguesa e ter linha telefônica).

O direito a cumprir a prisão preventiva em sua aldeia, ou em estabelecimento da Funai próximo à sua habitação, foi negado à indígena da etnia Suruí, acusado de cometer o crime de estupro de vulnerável, pois que, segundo o TJRO, os fundamentos do artigo 312 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para a decretação desta medida cautelar (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), sobrepõem-se ao direito previsto no Estatuto do Índio⁷⁸.

O tribunal decidiu, ainda, que a confissão e a ausência de irregularidade na prisão em flagrante servem, por si, como elementos justificadores da custódia, mesmo em tratando de acusado indígena – HC nº 1.418-38⁷⁹, de 2010. E, em todo caso, foi negado o direito a cumprir pena em estabelecimento da Funai para indígenas que não estivessem mais em fase de “aculturação”⁸⁰.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Recurso em sentido estrito nº 54.765-43/2002. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Valter de Oliveira. Data de julgamento: 16.ago.12. Data de publicação: 23.ago.12.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação nº 68.661/2004. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes. Data de julgamento: 17.nov.05. Data de publicação: 14.dez.05.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Recurso em sentido estrito nº 8.129/2010. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Ivanira Feitosa Borges. Data de julgamento: 4.abr.13. Data de publicação: 9.abr.13.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Habeas corpus* nº 5.172-85/2010. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Rowilson Teixeira. Data de julgamento: 28.abr.10. Data de publicação: 30.abr.10.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Habeas corpus* nº 5.051-52/2013. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Valter de Oliveira. Data de julgamento: 27.jun.13. Data de publicação: 5.jul.13.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Habeas corpus* nº 1.418-38/2010. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos. Data de julgamento: 24.fev.10. Data de publicação: 10.fev.10.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação nº 206.866-56/2004. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes. Data de julgamento: 17.dez.09. Data de publicação: 19.jan.10.

No Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – TJRR⁸¹ foram encontrados oito julgados tratando de criminalização de indígenas.

Antes, porém, de abordá-los, cabe mencionar sentença proferida na primeira instância de Roraima que, pioneiramente, manifestou-se sobre o reconhecimento da organização social dos indígenas e sua plena autonomia para decidir sobre conflitos internos e de interesse dos povos envolvidos.

Nos autos do processo criminal nº 302-88⁸², de 2010, o indígena, da comunidade do Manoá, dentro da terra indígena Raposa Serra do Sol, foi acusado do homicídio qualificado de seu irmão, aos 20 de junho de 2009, sob influência de álcool, no Município de Bonfim/RR.

Após os fatos, membros do conselho da comunidade e lideranças indígenas de diversas etnias, na presença de servidores da Funai, reuniram-se para deliberar sobre as sanções que aplicariam, depois de ouvirem o autor do crime e seus familiares. Foram estabelecidas oito sanções e o descumprimento de quaisquer delas sujeitaria o indígena a outras, a serem deliberadas em nova reunião:

1. afastamento do indígena da comunidade do Manoá e cumprimento da pena entre os Wai Wai por cinco anos, que poderiam ser reduzidos conforme apresentasse bom comportamento;
2. observância e respeito às regras de convivência, costume, tradição e moradia dos Wai Wai;
3. participação em trabalhos comunitários;
4. participação em todos os eventos desenvolvidos pela comunidade;
5. vedação à comercialização de quaisquer produtos sem prévia permissão da comunidade;
6. não desautorização dos “tuxauas” (caciques ou lideranças);
7. ter terra para trabalhar, sempre em companhia de tuxauas;
8. aprendizado da cultura e língua dos indígenas da etnia Wai Wai.

Nesse intervalo, o Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra o indígena, o que ensejou o pleito defensivo para reconhecer a incidência do princípio de *ne bis in idem* (vedação à dupla reprovação pelo mesmo fato).

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁸² BRASIL. Processo nº 0000302-88.2010.8.23.0090. Juiz Aluizio Ferreira Vieira. Data de julgamento: 3.set.2013. Data de publicação: 4.fev.2014.

O juízo *a quo*, contudo, entendeu que não se tratava desta hipótese, uma vez que não eram as mesmas as entidades sancionadoras, mas distintas (Estado e povos indígenas), não se podendo dizer que o agente, caso denunciado, viesse a ser duplamente condenado pelo mesmo fato.

Analisando com acuidade a norma do artigo 57 do Estatuto do Índio à luz da Constituição Federal e da C169, da OIT, o juízo compreendeu que se deve tolerar a aplicação de sanções penais ou disciplinares pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, contra os seus membros, desde que não revestidas de caráter cruel ou infamante – como o caso em tela. E, por se tratar esta norma de direito humano fundamental, cabe ao Estado reconhecer a ausência do seu poder de punir, já que o acusado já foi julgado e condenado por quem detinha o direito para tanto.

Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lidar com as tensões da vida dentro da comunidade.

Há quem pense e diga que [com esta decisão] haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas.

Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantém-se o Direito de Punir Estatal, de forma subsidiária (Processo nº 0000302-88.2010.8.23.0090. Juiz Aluizio Ferreira Vieira. Data de julgamento: 3.set.2013. Data de publicação: 4.fev.2014).

A decisão tornou-se paradigmática no País, por ser a primeira a sinalizar o necessário respeito aos usos e costumes dos povos indígenas envolvidos, para tratamento de questões penais, coadunando-se, assim, à C169, da OIT.

O TJRR, no entanto, mantém o padrão dos demais tribunais estaduais afastando os direitos dos indígenas criminalizados quando reconhece a integração (assimilação) à “sociedade nacional”⁸³, segundo informações nos autos do processo criminal.

Neste sentido, afastou a atenuante de pena, por compreender que o indígena, acusado de estupro de vulnerável, estava completamente integrado ao meio urbano⁸⁴. Pelas mesmas razões, negou-se atenuante de pena⁸⁵ e regime prisional de semiliberdade

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 428-3/2010. Câmara Única. Relatora: Des^a. Tânia Vasconcelos Dias. Data de julgamento: 4.fev.14. Data de publicação: 7.mar.14.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 207-9/2011. Câmara Única. Relatora: Des^a. Tânia Vasconcelos Dias. Data de julgamento: 20.ago.13. Data de publicação: 27.ago.13.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 38-2/2009. Câmara Única. Relatora: Des^a. Tânia Vasconcelos Dias. Data de julgamento: 21.jan.14. Data de publicação: 4.fev.14.

a indígena acusado de homicídio simples⁸⁶. A própria prática do crime foi utilizada como argumento apto a afastar a atenuante e a intervenção da Funai⁸⁷, por se tratar de crime hediondo (Ap. nº 646-4⁸⁸, de 2010) – o que denotaria uma personalidade adaptada à sociedade não indígena.

Mas, no julgamento da Ap. nº 374-5⁸⁹, de 2011, o TJRR reconheceu a legitimidade da Procuradoria Federal Especializada para a defesa do “silvícola” em crimes comuns, bem como a imprescindibilidade de produção do laudo antropológico, quando não presentes nos autos elementos de convicção suficientes sobre o grau de integração. Por fim, não deu provimento ao recurso de apelação em que se arguiu nulidade absoluta pelo fato de o acusado indígena ter sido defendido pela Defensoria Pública, e não por Procurador Federal Especializado, sob o argumento de que aquela instituição tem legitimidade concorrente⁹⁰ para a defesa de indígenas.

No Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins – TJTO⁹¹ foram encontrados três julgados sobre criminalização de indígenas.

A falta de laudo antropológico não foi considerada causa suficiente para a declaração de nulidade nos autos da Ap. nº 3.970⁹², de 2009, pois o TJTO entendeu que havia nos autos elementos suficientes que indicavam a integração do acusado.

O direito a cumprimento da prisão preventiva em estabelecimento da Funai foi negado a indígena da etnia Krahô, acusado de praticar homicídio qualificado, sob o argumento de que ele, como muitos indígenas de Tocantins, estava completamente integrado à “sociedade nacional”⁹³. Aliás, no julgamento do HC nº 5.820-85⁹⁴, de 2014,

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 331-9/2010. Câmara Única. Relator: Des. Ricardo Oliveira. Data de julgamento: 11.fev.14. Data de publicação: 20.fev.14.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 37.732/2002. Câmara Única. Relator: Des. Ricardo Oliveira. Data de julgamento: 1º.out.13. Data de publicação: 4.out.13.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 646-4/2010. Câmara Única. Relator: Des. Lupercino Nogueira. Data de julgamento: 4.fev.14. Data de publicação: 15.fev.14.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 374-5/2011. Câmara Única. Relator: Des. Almiro Padilha. Data de julgamento: 12.ago.14. Data de publicação: 15.ago.14..

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação nº 257-2/2011. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Data de julgamento: 6.mai.14. Data de publicação: 21.mai.14.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça de Tocantins. Apelação nº 3.970/2009. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Luiz Aparecido Gadotti. Data de julgamento: 03.fev.09.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Tocantins. *Habeas corpus* nº 3.971-78/2014. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Eurípedes Lamounier. Data de julgamento: 13.abr.14. Data de publicação: 24.abr.14.

impetrado em favor de indígena da etnia Xerente, acusado de tentativa de roubo, o TJTO ressaltou que o cumprimento de pena em estabelecimento da Funai só é aplicado quando houver esta possibilidade, isto é, quando houver local adequado para seu cumprimento, pois, do contrário, não há que se cogitar da ilegalidade de manutenção de indígena preso em estabelecimento comum.

3.2.2 Região Nordeste

Nos tribunais de justiça estaduais da região nordeste do País (composta pelos estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe), foram encontrados, ao todo, 25 casos de criminalização de indígenas: 80% (20 casos) são recursos de apelação e 20% (5 casos) são *habeas corpus* impetrados.

Do total de julgados, o direito ao cumprimento de pena no regime especial de semiliberdade foi requerido em 80% deles (20 casos); em 36% dos julgados (9 casos) foi requerida a aplicação de atenuante de pena. A nulidade processual pela não realização da perícia antropológica foi sustentada em 20% dos julgados (5 casos), sendo arguida, em dois deles, em razão da necessidade de aferir a potencial consciência da ilicitude dos acusados, para incidência do instituto de erro de proibição.

Também foi requerida a nulidade processual por ausência de participação de Procurador Federal Especializado da Funai em 8% dos julgados (2 casos) e, em 20% deles (5 casos), por incompetência da justiça estadual.

No Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas⁹⁵ foi encontrado apenas um julgado, em que se negou provimento ao pleito subsidiário da defesa técnica, em favor de indígena Pankararu, de cumprir a pena privativa de liberdade em estabelecimento da Funai, pois que se tratava de indígena aculturado⁹⁶.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Tocantins. *Habeas corpus* nº 5.820-85/2014. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Jacqueline Adorno. Data de julgamento: 23.jun.14.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Alagoas. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Alagoas. Apelação nº 538-2/2009. Câmara Criminal. Relator: Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. Data de julgamento: 27.jan.10.

No Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – TJBA⁹⁷ foram encontrados três casos de criminalização de indígenas.

A incompetência do juízo foi suscitada nos autos do HC nº 36.557⁹⁸, de 2007, impetrado em favor de indígena acusado de homicídio qualificado, pois que os fatos teriam se dado em contexto de disputa por terras, já que a vítima era fazendeiro da região. O tribunal retomou a Súmula nº 140, do STJ, e reafirmou que os fatos não tinham correlação com disputas por direitos indígenas, pois que as terras em questão não eram demarcadas e homologadas como terras indígenas.

Quanto aos direitos dos indígenas criminalizados, previstos no Estatuto do Índio, o TJBA afastou⁹⁹ a aplicação de atenuante de pena à indígena acusado do crime de estupro, por compreender que estava integrado ao meio urbano (sem apontar as razões que levaram o juízo *a quo* e o tribunal a tanto). Por outro lado, foi concedido o direito a cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai à indígena acusado de homicídio qualificado, segundo ordem concedida a *habeas corpus* impetrado por Procurador Federal Especializado em seu favor (HC nº 315.424-77¹⁰⁰, de 2012).

No Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE¹⁰¹ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas ou quaisquer discussões sobre a temática (ou, ao menos, a matéria não foi discutida por via recursal).

No Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA¹⁰² foram encontrados oito casos de criminalização de indígenas.

O pedido subsidiário de aplicação da atenuante de pena a indígena acusado de tráfico de drogas foi negado pelo TJMA, sob o argumento de que este direito só cabe ao

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Habeas corpus* nº 36.557-0/2007. 2ª Câmara Criminal. Relator: Juiz Aliomar Silva Britto. Data de julgamento: 3.jul.08.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação nº 58-9/2003.2ª Câmara Criminal. Relatora: Desª. Nágila Maria Sales Brito. Data de julgamento: 3.10.13. Data de publicação: 4.out.13.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Habeas corpus* nº 315.424-77/2012. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Nilson Soares Castelo Branco. Data de julgamento: 15.jan.13. Data de publicação: 6.ago.13.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

indígena que não participa da “comunhão nacional”¹⁰³, razão pela qual, por outro lado, deferiu o pedido feito nos autos da Ap. nº 824.320¹⁰⁴, de 2001.

A participação de Procurador Federal Especializado foi negada no julgamento da Ap. nº 33.438¹⁰⁵, de 2011, interposta em favor de indígena acusado de cometer estupro de vulnerável, considerado integrado à “sociedade nacional”.

No que toca à arguição de incompetência do juízo estadual, o TJMA aplicou¹⁰⁶ a Súmula nº 140, do STJ, já que o réu era indígena integrado e com desenvolvimento mental capaz de compreender o caráter ilícito do ato. Porém, reconheceu, neste caso, a incidência do regime prisional de semiliberdade¹⁰⁷ (ainda que considerado integrado à “sociedade nacional”, sendo esta a mesma decisão na Ap. nº 25.366¹⁰⁸, de 2005). Por outro lado, mesmo pleito foi negado em outro julgado por se entender que o acusado estava integrado¹⁰⁹.

No julgamento da Ap. nº 666.119, de 2001, o TJMA enfrentou as arguições de nulidade absoluta do processo por reconhecimento de incompetência do juízo estadual e pela não realização de perícia antropológica, bem como os pedidos subsidiários de redução da pena, com aplicação da atenuante, e aplicação do regime prisional de semiliberdade. Para o tribunal, porém, a “aculturação” do indígena, acusado de furto qualificado, comprometia a aplicação da lei especial (Estatuto do Índio) pelo “nivelamento entre o branco o índio”. Ainda assim, deu parcial provimento para novo cálculo da pena, considerando as circunstâncias especiais do fato¹¹⁰.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 11.339/2008. Câmara Criminal. Relator: Des. Raimundo Nonato de Souza. Data de julgamento: 15.dez.08. Data de publicação: 23.dez.08.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 824.320/2001. Câmara Criminal. Relator: Des. Julio Araujo Aires. Data de julgamento: 19.abr.01. Data de publicação: 14.set.01.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 33.438/2011. Câmara Criminal. Relator: Des. José Bernardo Silva Rodrigues. Data de julgamento: 18.jun.12. Data de publicação: 20.jun.12.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 16.175/1999. Câmara Criminal. Relator: Des. Júlio Araújo Aires. Data de julgamento: 2.dez.99. Data de publicação: 26.fev.02.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 15.066/2001. Câmara Criminal. Relator: Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo. Data de julgamento: 20.jun.01. Data de publicação: 15.ago.01.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 25.366/2005. Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio Fernando Bayma Araújo. Data de julgamento: 5.out.05. Data de publicação: 25.set.07.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 645.220/2005. Câmara Criminal. Relator: Des. Mário Limas Reis. Data de julgamento: 26.nov.08.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação nº 16.661/1999. Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Josefa Ribeiro da Costa. Data de julgamento: 21.dez.99. Data de publicação: 29.mar.01.

No Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB¹¹¹ não foram encontrados julgados que versassem sobre criminalização de indígenas, a não ser o conflito de competência em que o tribunal foi suscitado (sendo suscitante o juízo federal). O STJ definiu a competência da justiça estadual para o julgamento de indígena acusado de praticar tráfico de drogas, segundo os termos de sua Súmula nº 140, como veremos.

No Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco – TJPE¹¹² foram encontrados doze casos de criminalização de indígenas.

Na Ap. nº 92.655-0¹¹³, de 2003, foi arguida a nulidade processual por não ter um representante da Funai participado do interrogatório e das oitivas de testemunhas em procedimento instaurado para apurar o porte ilegal de arma de fogo imputado a acusado indígena. O TJPE, no entanto, não deu provimento ao recurso e afastou a preliminar suscitada, pois que o acusado teria sido devidamente assistido na defesa técnica.

O direito à aplicação de atenuante de pena, por ser o acusado indígena, foi afastado nos autos da Ap. nº 214.622-9¹¹⁴, de 2012, pois que, segundo o TJPE, tratava-se de réu integrado à vida urbana. Mesma decisão aplicada para o julgamento da Ap. nº 199.097-8¹¹⁵, de 2011, em que se julgava a dosimetria de pena aplicada a indígena acusado de tráfico de drogas. A própria imputação do crime foi argumento suficiente para que o TJPE afastasse a necessidade de observar a atenuante, já que a inserção do indígena no “*mundus crimminis*” e o dolo de auferir lucro com o tráfico de drogas que se lhe imputava eram prova “insofismável” de sua imputabilidade¹¹⁶.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Pernambuco. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 92.655-0/2003. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Og Fernandes. Data de julgamento: 12.nov.03. Data de publicação: 21.nov.03.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 214.622-9/2012. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima. Data de julgamento: 12.jun.12. Data de publicação: 19.jun.12.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 199.097-8/2011. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Mauro Alencar de Barros. Data de julgamento: 12.jan.11. Data de publicação: 18.jan.11.

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 112.830-1/2005. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Og Fernandes. Data de julgamento: 4.mai.05. Data de publicação: 10.mai.05.

Pela mesma razão, não foram providos os recursos de apelação que, subsidiariamente, requereram o cumprimento de pena em local da Funai próximo à habitação dos acusados: Ap nº 186.221-9¹¹⁷, de 2011; Ap. nº 225.870-2¹¹⁸, de 2012.

No julgamento da Ap. nº 138.287-0¹¹⁹, de 2011, o regime de semiliberdade não foi concedido porque, além de se considerar o réu integrado à “sociedade nacional”, o crime que se lhe imputava (tentativa de homicídio qualificado) impedia sua aplicação, por se tratar de crime hediondo. Esta também foi a razão pela qual o tribunal não deu provimento ao recurso de apelação interposto em favor de indígena acusado de cometer tráfico de drogas, ainda que a defesa técnica tivesse arguido o artigo 10 da C169 da OIT, que dispõe sobre a obrigação de as autoridades e os tribunais considerarem os costumes dos indígenas interessados e aplicarem, eventualmente, a sanção penal em consonância às suas características econômicas, sociais e culturais, com preferência a tipos de punição diversos do encarceramento¹²⁰.

O cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai também foi negado na hipótese em que, para o TJPE, a defesa técnica não provou que o “silvícola” era inimputável¹²¹, firmando-se, ainda, o entendimento de que não cabe interpretação extensiva do parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio, pois a norma faz menção à condenação, não à prisão processual¹²².

No julgamento da Ap. nº 112.110-4¹²³, de 2003, aliás, não foi deferido o pedido de cumprimento de pena em aldeamento ou local de funcionamento da Funai próximo à habitação do acusado, pois que aquele seria o mesmo local de moradia da vítima e, para o TJPE, o deferimento do pedido da defesa poderia engendrar revanchismo.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 186.221-9/2011. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. Data de julgamento: 12.abr.11. Data de publicação: 9.mai.11.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 225.870-2/2012. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Data de julgamento: 29.mai.12. Data de publicação: 6.jun.12.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 138.287-0/2011. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marco Antonio Cabral Maggi. Data de julgamento: 25.mar.11. Data de publicação: 31.mar.11.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 193.681-6/2007. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Romero de Oliveira Andrade. Data de julgamento: 23.abr.10. Data de publicação: 29.abr.10.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Habeas corpus* nº 60.325-0/2000. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Rivadavia Brayner. Data de julgamento: 28.mar.00.

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Habeas corpus* nº 304.934-3/2013. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Roberto Ferreira Lins. Data de julgamento: 30.jul.13. Data de publicação: 5.ago.13.

¹²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 112.110-4/2003. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Helena Caúla Reis. Data de julgamento: 11.mai.05. Data de publicação: 19.mai.05.

O TJPE também negou o cumprimento de prisão preventiva em órgão federal de assistência ao índio quando se trata de acusado integrado à “sociedade nacional”¹²⁴. Em nenhum desses casos, porém, houve laudo antropológico respaldando a decisão.

No Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – TJPI¹²⁵ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas que tenham, ao menos, sido discutidos em nível recursal, ressalvados os casos em que a alcunha “índio” foi utilizada para identificar corréu ou testemunha dos fatos – dado que, como declaramos, foge aos interesses da pesquisa.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte – TJRN¹²⁶ foi encontrado um único julgado em que se negou a aplicação da atenuante de pena e o regime prisional diferenciado ao acusado, considerado indígena integrado à “sociedade nacional”¹²⁷.

No Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – TJSE¹²⁸ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas ou quaisquer discussões sobre a temática (ou, ao menos, a matéria não foi discutida por via recursal no juízo *ad quem*) – ressalvados os julgados em que o termo “índio” aparece como a alcunha de réus ou testemunhas, o que, como exposto, não servem aos propósitos deste trabalho.

3.2.3 Região Centro-Oeste

Nos tribunais de justiça estaduais da região centro-oeste (composta pelos estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e pelo Distrito Federal), foram localizados,

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Habeas corpus* nº 211.820-3/2010. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima. Data de julgamento: 11.mai.10. Data de publicação: 13.mai.10.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação nº 8.607-3/2008. Câmara Criminal. Relator: Des. Amílcar Maia. Data de julgamento: 13.mai.10. Data de publicação: 20.mai.10.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Sergipe. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

ao todo, oitenta e seis casos de criminalização de indígenas: 45,35% dos julgados (39 casos) são autos de apelação, seguidos de 32,55% (28 casos) correspondentes ao julgamento de *habeas corpus* impetrados; 13,95% (12 casos) são recursos em sentido estrito e 2,32% (2 casos) são agravos em execução penal – mesma porcentagem para mandados de segurança (2 casos). O incidente processual de conflito de competência, de desaforamento e a ação revisional correspondem, cada um, a 1,16% do total (1 caso para cada via processual).

A arguição de nulidade processual pela não produção de laudo antropológico foi sustentada em 22,09% dos julgados (19 casos) e a necessidade de reconhecimento do instituto de erro de proibição em 13,95% deles (12 casos). Do total, ainda, 4,65% (4 casos) arguíram pela nulidade processual por não participação de Procurador Federal Especializado e a incompetência do juízo foi levantada em nove casos (9,30%).

O direito ao cumprimento de pena em regime prisional especial de semiliberdade foi arguido em 29,1% dos julgados (25 casos), a aplicação de atenuante do Estatuto do Índio, em 16,27% deles (14 casos) e o direito à liberdade, tendo em vista a arguição de não incidência da jurisdição brasileira para regulamentação das relações indígenas, com base na C169, da OIT, em 5,81% do total (5 casos).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF¹²⁹, embora não tenha se manifestado sobre o tratamento jurídico-penal de acusados indígenas após a vigência do texto constitucional de 1988, adotava, no regime constitucional antecedente, entendimento excepcional quando comparado aos demais tribunais do País.

No que toca à participação de Procurador Federal Especializado no curso do processo penal, já nos autos da Ap. n° 703.584¹³⁰, julgados em 1985, decidiu-se que a Funai poderia interpor recurso em favor de acusado indígena, como sua curadora, uma vez ser o indígena relativamente incapaz, nos termos do texto constitucional vigente à época. E, quanto aos direitos previstos no Estatuto do Índio, justamente por ser tutelado pelo Estado, cabia-lhe a atenuante prevista pelo artigo 56 deste diploma.

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação n° 703.584. Relator: Des. Paulo Garcia. Data de julgamento: 10.out.85. Data de publicação: 22.nov.85.

Do mesmo modo, nos autos do HC nº 449.587¹³¹, julgados em 1987, decidiu-se que o indígena tem direito ao regime prisional de semiliberdade, previsto no Estatuto do Índio, ainda que já tenha sido condenado, confiando-se sua execução à Funai, evitando-se o distanciamento de sua habitação e o comprometimento dos seus costumes (entendimento reproduzido no HC nº 456.587¹³², também julgado em 1987). A decisão do HC nº 447.687¹³³, de 1987, aliás, estendeu esse direito ao cumprimento de prisão em flagrante ou prisão preventiva.

No Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJGO¹³⁴ foram encontrados quatro julgados sobre criminalização de indígenas, um deles discutindo a necessidade de produção de laudo antropológico para atestar a inimputabilidade do acusado indígena, dois relacionados à necessidade de participação do órgão assistencial e o último referente à aplicação de regime prisional diferenciado.

Embora a impetração de *habeas corpus* seja uma das vias mais utilizadas pela defesa para demonstrar o cerceamento de defesa representado pela não produção de laudo antropológico, nem sempre é esta conhecida pelos tribunais como o meio adequado para tanto, sob a justificativa de que tais questões envolvem a análise de provas juntadas aos autos, o que não cabe em sede desta ação impugnativa.

Neste sentido, o TJGO não conheceu do teor do HC nº 22.830-5¹³⁵, de 2004, em que a defesa técnica requereu a exclusão de qualificadoras de dois homicídios qualificados, imputados a pacientes indígenas, bem como a produção de laudo antropológico para atestar sua inimputabilidade.

Quanto à participação do órgão assistencial, nos autos do HC nº 29.636-4¹³⁶, de 2009, a defesa técnica arguiu pela nulidade de todos atos processuais realizados desde a

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas corpus* nº 449.587. Relator: Des. Deocleciano Queiroga. Data de julgamento: 23.set.87.

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas corpus* nº 456.587/1987. Relator: Des. Deocleciano Queiroga. Data de julgamento: 11.nov.87.

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas corpus* nº 447.687/1987. Relator: Des. Paulo Garcia. Data de julgamento: 3.set.87.

¹³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Goiás. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Habeas corpus* nº 22.830-5/2004. Relator: Des. Itaney Francisco Campos. Data de julgamento: 15.jun.04. Data de publicação: 30.jun.04.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Habeas corpus* nº 29.636-4/2009. Relator: Des. Aureliano Albuquerque Amorim. Data de julgamento: 31.mar.09. Data de publicação: 17.abr.09.

denúncia, pela não participação de Procurador Federal Especializado em processo penal que julgava a ocorrência de tráfico ilícito de drogas imputado a indígena da etnia Atikum. O TJGO, apoiando-se em Mirabete¹³⁷, não apreciou a questão, sob a justificativa de que a defesa não conseguiu comprovar que se tratava de indígena aliado da civilização – sendo este mesmo entendimento sustentado em julgamento de recurso de apelação¹³⁸.

Por fim, no HC nº 32.728¹³⁹, de 2013, a defesa técnica requereu o relaxamento da prisão preventiva do paciente indígena, da etnia Karajá, acusado da prática de homicídio, tendo por base o tratamento dispensado no Estatuto do Índio. O TJGO entendeu, porém, que até que se provasse o contrário, o paciente seria considerado indígena integrado, repisando os argumentos da decisão no HC nº 29.636-4.

No Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – TJMT¹⁴⁰ foram encontrados dezoito julgados sobre criminalização de indígenas: seis julgados versaram sobre a necessidade de produzir laudo antropológico e seu alcance probatório; dois estavam relacionados à definição de competência do juízo e os demais doze julgados detinham-se sobre o reconhecimento de direitos de indígenas criminalizados.

A produção de laudo antropológico foi negada no julgamento do HC nº 112.592¹⁴¹, de 2008, pois o TJMT entendeu que as circunstâncias pessoais do acusado traduziam a integração do indígena à “sociedade nacional”.

Contudo, no julgamento dos autos do HC nº 11.927¹⁴², de 2005, o tribunal reconheceu o constrangimento ilegal pela não produção de exame antropológico de

¹³⁷ “Como a situação do silvícola é assemelhada a dos menores, e diante do art. 6º, III, do CC, que o considera relativamente incapaz, tem se entendido que não pode ser ele processado sem assistência de curador, mais precisamente da Funai, entidade que o tutela. Entretanto, a simples condição de silvícola do acusado, por si só, não autoriza afirmar-se ser o mesmo inimputável ou semi-imputável, a não ser quando demonstrado, através de perícia, seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (MIRABETE, 2001, p. 466).

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação nº 35.131-3/2007. Relator: Des. Carlos Alberto Franca. Data de julgamento: 21.ago.07. Data de publicação: 6.set.07.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Habeas corpus* nº 32.728/2013. Relatora: Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira. Data de julgamento: 12.mar.13. Data de publicação: 21.mar.13.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 112.592/2008. Relator: Des. Paulo da Cunha. Data de julgamento: 30.jan.08. Data de publicação: 15.fev.08.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 11.927/2005. Relator: Des. Paulo Inácio Dias Lessa. Data de julgamento: 12.abr.05. Data de publicação: 19.abr.05.

indígena Bororo, acusado de tentativa de homicídio qualificado, pois esta prova atestaria tanto sua identidade étnica como a influência do álcool sobre si.

Da mesma forma, no julgamento do HC nº 34.025¹⁴³, de 2002, o TJMT concedeu a ordem para a realização de exame antropológico de indígena, acusado da prática de homicídio qualificado, pois que seu indeferimento pelo juízo *a quo*, por simples razão de mestiçagem e de influências circundantes, configurava flagrante constrangimento ilegal.

Idêntico entendimento foi adotado no julgamento do HC nº 46.270¹⁴⁴, de 2008, reconhecendo o TJMT a ilegalidade da decisão no juízo *a quo* de definir a integração do indígena por meio de elementos sociais, como ter o acusado cursado parte do ensino fundamental ou possuir título de eleitor, muito embora, afirmasse, ao final, que se o acusado tivesse graduação em curso superior, residisse no espaço urbano ou exercesse alguma profissão (como ministrar aulas, por exemplo), então, seria desnecessário o laudo antropológico, “(...) pois a toda evidência estaria plenamente integrado à civilização”.

A inconclusão dos laudos antropológicos foi tema de dois recursos em sentido estrito interpostos em favor de indígenas da etnia Bororo, acusados da prática de homicídio simples e homicídio qualificado. Em ambos os casos¹⁴⁵⁻¹⁴⁶, foram mantidas as decisões de pronúncia que levariam os acusados a julgamento popular, determinando-se que caberia aos jurados deliberar sobre a integração ou não dos acusados à “sociedade nacional”.

Foi deferido o desaforamento de júri¹⁴⁷, pedido pelo Ministério Público estadual, para julgamento de indígena Xavante, acusado da prática de homicídio qualificado, pois, segundo o órgão ministerial, metade da população do município onde os fatos se deram (Campinápolis/MT) é composta por indígenas, sendo a região marcada por fortes

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 34.025/2002. Relatora: Des^a. Selma Lombardi de Kato. Data de julgamento: 22.10.02. Data de publicação: 5.fev.03.

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 46.270/2005. Relator: Des. Diocles de Figueiredo. Data de julgamento: 12.dez.05. Data de publicação: 9.jan.06.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Recurso em sentido estrito nº 22.588/2010. Relator: Des. Teomar de Oliveira Correia. Data de julgamento: 13.jul.11. Data de publicação: 21.jul.11.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Recurso em sentido estrito nº 31.775/2011. Relatora: Des^a. Marilsen Andrade Addario. Data de julgamento: 25.jan.12. Data de publicação: 3.fev.12.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Incidente de desaforamento nº 125.503/2012. Relatora: Des^a. Marilsen Andrade Addario. Data de julgamento: 3.mai.12. Data de publicação: 18.mai.12.

conflitos entre estes e os não indígenas – o que comprometeria a validade do veredito do conselho popular, que privilegiaria o acusado.

Importante discussão sobre a competência judicial para julgamento de crimes que envolvem indígenas, entretanto, ocorreu nos autos de RESE nº 37.820¹⁴⁸, de 2005, em que a defesa técnica, realizada por Procurador Federal Especializado, requeria, preliminarmente, a declaração de incompetência da justiça comum para o julgamento de crime de homicídio simples imputado a acusado indígena, o acolhimento da tese de legítima defesa ou, subsidiariamente, de inimputabilidade por embriaguez fortuita.

Primeiramente, o relator acatou a preliminar de deslocamento de competência, por entender que, nos termos do artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal, estava clara a competência da justiça federal para o julgamento de casos que envolvam direitos indígenas.

Contudo, reformulando seu entendimento após apresentação de voto contrário do segundo vogal, que reafirmava a competência da justiça estadual para apreciação de crimes cometidos por indígenas, notadamente quando integrados à “sociedade nacional”, decidiu-se pela rejeição da tese de incompetência do juízo, bem como pelo improvimento do recurso como um todo, não sem extensa discussão quanto à preliminar suscitada.

Quanto aos direitos dos indígenas criminalizados, o TJMT tende a reconhecer o direito de acusados indígenas presos a cumprirem a custódia, definitiva ou provisória, em estabelecimentos da Funai. Assim, nos autos do HC nº 72.411¹⁴⁹, julgados em 2011, impetrado em favor de paciente indígena preso preventivamente, a defesa técnica requereu revogação da medida cautelar ou o cumprimento desta em órgão federal de assistência ao índio – pleito subsidiário que foi deferido.

A aplicação do regime especial de semiliberdade foi também concedida em recurso de Ap. nº 16.845¹⁵⁰, de 2009, pois que o apelante, acusado da prática de homicídio privilegiado e qualificado, foi considerado “silvícola” não completamente integrado à “sociedade nacional”, segundo laudo antropológico juntado aos autos, por requerimento de Procurador Federal Especializado.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Recurso em sentido estrito nº 37.820/2005. Relator: Des. Rondon Bassil Dower Filho. Data de julgamento: 22.mai.07. Data de publicação: 15.out.07.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 72.411/2011. Relator: Des. Paulo da Cunha. Data de julgamento: 30.ago.11. Data de publicação: 8.set.11.

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Apelação nº 16.845/2009. Relatora: Desª. Graciema R. de Caravellas. Data de julgamento: 27.out.09. Data de publicação: 11.nov.09.

Há julgados, porém, em que a decisão de aplicação do regime de semiliberdade para acusado indígena ficou condicionada à manifestação da Funai sobre a viabilidade de receber presos preventivos¹⁵¹, assim como foi relegada à apreciação do juízo de execução¹⁵².

O TJMT reconheceu, como de plena eficácia, as normas protetivas dos indígenas previstas tanto pelo Estatuto do Índio como pela C169 da OIT (de força constitucional), ao julgar o HC nº 10.389¹⁵³, impetrado por Procurador Federal Especializado em favor de indígena Bororo, preso irregularmente e acusado de praticar homicídio qualificado. Compreendeu-se, porém, que, após a realização de exame antropológico, eventual pena de prisão deveria ser aplicada levando-se em conta o grau de aculturação do paciente, com atenuação daquela ou cumprimento em regime de semiliberdade no local de funcionamento de órgão federal de assistência aos índios perto de sua moradia.

Por outro lado, há julgados que afastam a aplicação de direitos dos indígenas criminalizados, repisando argumentos de sua integração e conseqüente abandono da identidade indígena. Assim, foi decidido nos autos do HC nº 4.833¹⁵⁴, de 2000, que prevalece a ordem pública como fundamento da prisão preventiva decretada quando o acusado indígena (no caso da etnia Xavante) estiver totalmente integrado à “sociedade nacional”.

Do mesmo modo, foi indeferido o pleito de liberdade provisória¹⁵⁵ feito pela Procuradoria Federal Especializada em favor de cinco corréus da etnia Cinta Larga que, presos preventivamente em 1991, estavam, em 2002, ainda presos preventivamente sem que seus interrogatórios tivessem sido realizados. Entendeu o tribunal que a hediondez dos crimes imputados (cinco homicídios qualificados ocorridos em terras particulares, na comarca de Juína/MT, sob disputa judicial entre indígenas e não indígenas) justificava a segregação cautelar e que sua revisão representaria acinte à sociedade em geral.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 32.301/2012. Relator: Des. Paulo da Cunha. Data de julgamento: 19.jun.12. Data da publicação: 13.jul.12.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Apelação nº 97.811/2009. Relator: Des. Paulo da Cunha. Data de julgamento: 27.fev.09. Data de publicação: 11.mar.09.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 10.389/2005. Relator: Des. Paulo Inácio Dias Lessa. Data de julgamento: 12.abr.05. Data de publicação: 19.abr.05.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 4.833/2000. Relator: Des. Flávio José Bertin. Data de julgamento: 05.abr.00. Data de publicação: 13.jun.00.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 23.179/2002. Relator: Des. Manoel Ornellas de Almeida. Data de julgamento: 14.ago.02. Data de publicação: 18.set.02.

A hediondez do crime foi também argumento para rever a concessão de liberdade provisória dada a indígena da etnia Terena, acusado de homicídio qualificado, nos autos do RESE nº 13.108¹⁵⁶, de 2002, interposto pelo Ministério Público estadual.

Frise-se que o conceito de ordem pública foi utilizado, também, para justificar a prisão preventiva de indígena acusado de matar outro, pois sua soltura traria revolta à comunidade nativa¹⁵⁷.

Mesma fundamentação dada ao julgamento do HC nº 37.773¹⁵⁸, de 2005, em que se denegou a ordem ao pleito principal de concessão de liberdade provisória para indígena da etnia Umutina, acusado da prática de homicídio qualificado, e ao pedido subsidiário de sua transferência para órgão de assistência perto de sua habitação, pois, além de a medida tumultuar a ordem pública de sua comunidade, não traria ela segurança jurídica à aplicação da pena, considerando que, segundo o relator, os estabelecimentos da Funai não são equipados para manter indígenas segregados e são pontos onde frequentemente os indígenas têm contato com o álcool.

No Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – TJMS¹⁵⁹ foram encontrados sessenta casos de criminalização de indígenas.

As arguições de nulidade do processo criminal pela não realização de laudos antropológicos não foram acatadas pelo TJMS, tanto por não a conceber como nulidade absoluta que deva ser suscitada em qualquer fase¹⁶⁰ ou por qualquer via processual (como em contrarrazões¹⁶¹ ao recurso de apelação da acusação ou em mandado de segurança¹⁶²⁻¹⁶³), quanto pelo fato de compreender que, em se tratando de indígena

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Recurso em sentido estrito nº 13.108/2002. Relator: Des. Manoel Ornellas de Almeida. Data de julgamento: 25.set.02. Data de publicação: 5.nov.02.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 31.032/2004. Relator: Des. Manoel Ornellas de Almeida. Data de julgamento: 11.ago.04. Data de publicação: 18.ago.04.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. *Habeas corpus* nº 37.773/2005. Relator: Des. Diocles de Figueiredo. Data de julgamento: 26.set.05. Data de publicação: 18.out.05.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 34.603-4/2008. 1ª Turma Criminal. Relatora: Desª. Marilza Lúcia Fortes. Data de julgamento: 1.dez.09.

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 8.909-0/2004. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Nildo de Carvalho. Data de julgamento: 12.abr.05.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Mandado de segurança nº 6.172-26/2013. Seção Criminal. Relatora: Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. Data de julgamento: 26.nov.13.

aculturado¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ ou que não apresenta sintomas de que desconhece os costumes do “homem branco”¹⁶⁶, segundo elementos contidos nos autos do processo¹⁶⁷⁻¹⁶⁸, é dispensável sua produção¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

O instituto do erro de proibição foi arguido pela defesa técnica para análise da culpabilidade de indígenas segundo a potencial consciência da ilicitude das condutas ilícitas a si imputadas – o que não indica abandono da tese de sua inimputabilidade¹⁷¹⁻¹⁷². O tribunal entendeu, contudo, que o reconhecimento do disposto no artigo 21 do Código Penal depende, também, do grau de integração do acusado, de sorte que indígenas integrados à sociedade demonstram serem conhecedores da reprovação de suas condutas. Neste sentido: Ap. nº 5.359-30¹⁷³, de 2001; Ap. nº 3.003-60¹⁷⁴ e Ap. nº 22.938-8¹⁷⁵, ambas de 2007; Ap. nº 37.068-8¹⁷⁶, de 2008; Ap. nº 1.001-5¹⁷⁷, Ap. nº

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Mandado de segurança nº 4.155-17/2013. Seção Criminal. Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Data de julgamento: 23.jul.13.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 5.374-0/2001. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 11.dez.01

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 4.366-0/2004. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. José Augusto de Souza. Data de julgamento: 19.mai.04.

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 3.065-02/2006. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa. Data de julgamento: 29.jul.13.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 11.588-9/2003. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 26.nov.03.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 746-79/2011. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 27.mai.13

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 21.762-3/2008. 1ª Turma Criminal. Relator: Desª. Marilza Lúcia Fortes. Data de julgamento: 9.set.08;

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 3.098-0/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 25.ago.08.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Revisão criminal nº 23.570-0/2011. Seção Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data de julgamento: 13.dez.11.

¹⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 29.266-83/2004. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de julgamento: 10.dez.12.

¹⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 5.359-30/2001. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 21.jan.13.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 3.003-60/2007. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Manoel Mendes Carli. Data de julgamento: 17.fev.14.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 22.938-8/2007. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 19.set.07.

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 37.068-8/2008. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Data de julgamento: 1.dez.09.

¹⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 1.001-5/2009. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 31.mar.09.

6.066-3¹⁷⁸, Ap. nº 20.012-6¹⁷⁹ e Ap. nº 32.764-2¹⁸⁰, todas de 2009; Ap. nº 4-9¹⁸¹ e Ap. nº 11.024-7¹⁸², ambas de 2010.

A competência para julgamento de crimes sofridos ou cometidos por indígenas segue o teor da Súmula nº 140, do STJ, fixando-a na justiça comum estadual. Neste sentido: RESE nº 7.375-7¹⁸³, de 2001; Ap. nº 17.419-7¹⁸⁴ e RESE nº 16.107-3¹⁸⁵, ambos de 2005; HC nº 8.248-8¹⁸⁶, de 2006; Ap. nº 14.012-6¹⁸⁷, de 2008; HC nº 9.917-6¹⁸⁸, de 2012.

O TJMS manifestou-se, também, em conflito de competência suscitado por juiz de direito da 2ª Vara da comarca de Caarapó em face do Juizado Especial Adjunto, em razão de ter este declinado da competência para processar e julgar réu denunciado por importunação ofensiva ao pudor, contravenção penal tipificada no artigo 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, cuja pena é de multa e, por tal razão, de competência do juizado especial criminal, nos termos dos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Ocorre que o acusado, citado pessoalmente na aldeia Jarará, encontrava-se preso desde abril de 2008 e, até o momento em que foi suscitado o conflito de competência (2010), não havia sido apresentado à autoridade judiciária, bem como não haviam sido ouvidas as testemunhas e a vítima, moradoras de Dourados/MS – fazendo com que o

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 6.066-3/2009. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 3.ago.09.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 20.012-6/2009. 1ª Turma Criminal. Relatora: Des^a. Marilza Lúcia Fortes. Data de julgamento: 29.set.09.

¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 32.764-2/2009. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Data de julgamento: 20.abr.10.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 4-9/2010. 2ª Turma Criminal. Relator: Juiz Manoel Mendes Carli. Data de julgamento: 12.abr.10.

¹⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 11.024-7/2010. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 12.jul.10.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 7.375-7/2001. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Rui Garcia Dias. Data de julgamento: 16.out.01.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 17.419-7/2005. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Stephanini. Data de julgamento: 8.fev.06.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito nº 16.017-3/2005. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 11.jan.06.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 8.248-8/2006. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Stephanini. Data de julgamento: 5.jul.06.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 14.012-6/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 18.mai.09.

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 9.917-6/2012. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa. Data de julgamento: 14.mai.12.

Juizado Especial Adjunto da comarca de Caarapó declinasse de sua competência jurisdicional, pela condição de réu preso. O TJMS entendeu que, pelas peculiaridades do caso (em se tratando de indígenas, especialmente), a tramitação no rito sumário para processamento e julgamento de crimes de menor potencial ofensivo era a mais adequada¹⁸⁹.

A atenuante de pena não foi concedida aos indígenas, acusados de estupro¹⁹⁰ por serem considerados pelo TJMS plenamente integrados à sociedade. Pelo mesmo motivo, e levando-se em conta o “dolo intenso e perspicácia” dos agentes para o cometimento do crime imputado, não foi alterado o regime prisional aplicado, de fechado para o de semiliberdade. Mesma razão (integração do índio) foi utilizada pelo tribunal para não conhecer dos pedidos de aplicação das “benesses” do Estatuto do Índio: Ap. nº 8.600-8¹⁹¹ e Ap. nº 12.398-4¹⁹², ambas de 2004; Ap. nº 10.704-8¹⁹³, de 2005; Ap. nº 27.720-0¹⁹⁴, de 2007; Ap. nº 14.006-1¹⁹⁵, de 2008; Ap. nº 7.304-8¹⁹⁶, Ap. nº 16.685-5¹⁹⁷ e Ap. nº 29.472-1¹⁹⁸, todas de 2009; Ap. 19.022-1¹⁹⁹, de 2010; Ap. nº 2.630-27²⁰⁰ e Ap. nº 17.955-0²⁰¹, ambas de 2011.

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Conflito de competência nº 35.528-1/2010. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data de julgamento: 10.jan.11.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 6.552-5/2001. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Luiz Carlos Santini. Data de julgamento: 13.mar.02.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 8.600-8/2004. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Gilberto da Silva Castro. Data de julgamento: 14.set.04.

¹⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 12.398-4/2004. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 23.fev.05.

¹⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 10.704-8/2005. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 14.set.05.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 27.720-0/2007. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 13.fev.08.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 14.006-1/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 12.mar.09.

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 7.304-8/2009. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Data de julgamento: 12.mai.09.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 16.685-5/2009. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 20.jul.09.

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 29.472-1/2009. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 12.jul.10.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 19.022-1/2010. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data de julgamento: 26.out.10.

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 2.630-27/2011. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Data de julgamento: 10.jun.13.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 17.955-0/2011. 1ª Turma Criminal. Relatora: Desª. Marilza Lúcia Fortes. Data de julgamento: 26.set.11.

Entendimento diverso (ao menos para esta matéria, de aplicação da atenuante) foi dado pelo julgamento da Ap. nº 14.887-8²⁰², de 2008, em que o TJMS decidiu que a atenuante não se aplica ao réu de origem indígena quando completamente integrado à “cultura ‘do homem branco’”, mas a prova dessa aculturação é ônus da acusação. Havendo, nos autos do processo, indícios de que essa aculturação não se efetivou, a presunção deve ser favorável ao agente e não o contrário.

O regime prisional de semiliberdade foi mantido para indígena idoso, da aldeia de Amambai, acusado da prática de dois homicídios qualificados e condenado ao cumprimento de vinte e seis anos de reclusão, por não ser considerado integrado à sociedade, não se dando provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público estadual, que pedia a revisão do regime aplicado. Segundo o TJMS, o regime prisional do Estatuto do Índio deve ser aplicado mesmo em tratando de crime hediondo, desde que fique comprovado que o condenado não é aculturado e, portanto, não se equipara aos “criminosos comuns”²⁰³.

Entretanto, no julgamento do AgEx. nº 12.031²⁰⁴, de 2010, o TJMS reafirmou que o regime de semiliberdade aplicava-se ao indígena não integrado, salvo na hipótese de condenação por crime hediondo, cuja lei definidora (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) foi promulgada após o Estatuto do Índio (de 1973). Mesmo entendimento para o julgamento das seguintes vias recursais: Ap. nº 16.043-1²⁰⁵, de 2007; HC nº 25.925-0²⁰⁶, HC. nº 25.932-2²⁰⁷, Ap. nº 26.559-0²⁰⁸, HC nº 27.018-2²⁰⁹ e HC nº 34.700-5²¹⁰, todas de

²⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 14.887-8/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 12.mar.09.

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo em execução nº 21.790-5/2010. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 19.jul.10.

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo em execução nº 12.031/2010. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Cláudio Rogério Ferreira Gomes. Data de julgamento: 17.jun.10.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 16.043-1/2007. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Data de julgamento: 3.jul.07.

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 25.925-0/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 22.set.08.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 25.932-2/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 22.set.08.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 26.559-0/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 3.ago.09.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 27.018-2/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 6.out.08.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 34.700-5/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de julgamento: 15.dez.08.

2008; Ap. nº 20.291-4²¹¹, de 2011. Ainda, o TJMS entendeu que a aplicação do regime prisional de semiliberdade do Estatuto do Índio é ato discricionário do juiz²¹².

Também não foi concedida autorização para que indígena pudesse trabalhar durante o dia na aldeia de Amambai (onde o agravante era “capitão”), uma vez que tinha sido condenado no regime semiaberto, do Código Penal. Para o tribunal, tratava-se de “silvícola” aculturado e a prova era sua própria “periculosidade”: o exercício de liderança sobre os demais para que impedissem o acesso de veículos pelas estradas adjacentes, “semeando revolta no seio da comunidade indígena”²¹³. Mesma motivação para não prover o pedido da Ap. nº 29.621-0²¹⁴, de 2008, para cumprimento de pena no órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

O cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai foi negado a indígena acusado de estupro de vulnerável, pois que o TJMS entendeu que tal direito se aplica apenas aos condenados, não aos custodiados por cautela processual²¹⁵. Mesmo entendimento aplicado ao julgamento do HC nº 34.694-8²¹⁶, de 2008.

Ainda, a existência nos autos do processo criminal, movido contra indígena acusado de estupro de vulnerável, de laudo antropológico indicativo da sua não completa integração à sociedade manteve sua condição de semi-imputabilidade, mas não lhe permitiu o cumprimento de pena em regime de semiliberdade, por ser o crime imputado de natureza hedionda²¹⁷.

A C169 da OIT foi suscitada em defesa de indígena, acusado de porte ilegal de arma de fogo, para justificar que a legislação ordinária interna do País não se lhe aplicava, pois que amparado por normativa internacional própria. Do mesmo modo, sustentou-se, subsidiariamente, que na hipótese de ser processado e julgado

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 20.291-4/2011. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Data de julgamento: 22.ago.11.

²¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 6.293-2/2008. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Gilberto da Silva Castro. Data de julgamento: 8.abr.08.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo em execução nº 10.379-9/2006. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Stephanini. Data de julgamento: 26.jul.06.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 29.621-0/2008. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Data de julgamento: 17.mar.09.

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 27.251-6/2010. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa. Data de julgamento: 27.set.10.

²¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas corpus* nº 34.694-8/2008. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Gilberto da Silva Castro. Data de julgamento: 2.dez.08.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 12.550-6/2006. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Stephanini. Data de julgamento: 27.set.06.

criminalmente, deveria incidir o instituto do erro de proibição, constante no artigo 21 do Código Penal. Ambas as teses, porém, foram afastadas pelo TJMS: a primeira porque, mesmo aos estrangeiros, exige-se observância do ordenamento jurídico pátrio e a segunda, porque se tratava de indígena integrado à sociedade que não fazia jus à proteção jurídica diferenciada²¹⁸.

Ainda quanto aos limites de atuação do direito penal em relação aos povos indígenas, levando-se em conta seu peculiar modo de vida e costumes, ressaltamos o julgamento de apelação interposta em favor de casal de indígenas, condenado pela prática de abandono de incapazes (seus filhos) e que tiveram decretada a perda de seu poder familiar.

O TJMS, interpretando os fatos à luz da teoria de imputação objetiva, do funcionalismo moderado de Claus Roxin, entendeu que a prática do crime imputado ao casal não criou um risco ou perigo ao bem jurídico tutelado de sorte a exigir a proteção da norma penal, cuja incidência, nesse caso, seria excessiva. Em outras palavras, não houve entre a conduta dos agentes e o resultado (abandono de incapazes) a relevância causal (causalidade material somada à causalidade normativa) exigida à caracterização do tipo penal. Por tais razões, absolveram-se os apelantes²¹⁹.

3.2.4 Região Sudeste

Nos tribunais de justiça estaduais da região sudeste do País (composta pelos estados de Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo), foram encontrados 11 julgados sobre criminalização de indígenas: 36,36% deles (4 casos) são recursos de apelação; mesma porcentagem para os *habeas corpus* impetrados (4 casos); 9,09% (1 caso) referem-se ao recurso em sentido estrito interposto e mesma porcentagem para o recurso de agravo em execução (1 caso) e revisão criminal (1 caso).

O regime de semiliberdade foi requerido em 45,45% dos julgados (5 casos), assim como a liberdade provisória, em 9,09% (1 caso), em razão de ser o acusado indígena.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 2.902-55/2010. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 9.set.13.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 31.253-1/2009. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data de julgamento: 1.jul.10.

A nulidade processual por não realização da perícia antropológica foi mencionada em dois julgados (18,18% dos julgados) – mesma porcentagem aplicada para as arguições de incompetência do juízo estadual (2 casos). Também foi arguida a nulidade processual por não participação do Procurador Federal Especializado da Funai no processo criminal, em 9,09% dos julgados (1 caso).

No Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo – TJES²²⁰ foi encontrado um julgado²²¹ apenas que versa sobre a criminalização de indígenas e, de modo mais específico, sobre o deslocamento de competência para a justiça federal para processamento e julgamento do crime.

Entendeu o TJES que a justiça estadual era competente para o julgamento de indígena acusado de furto qualificado, pois que os fatos não tinham relação com a disputa por terras naquela região. Para o tribunal, a medida só teria sentido se tivesse sido declarada judicialmente a titularidade dos indígenas sobre a gleba de terra onde se deram os fatos, mas, como isso ainda dependia de discussão jurídica, não havia correlação entre o crime e as disputas por direitos indígenas.

Essa circunstância (demarcação ou homologação de terras indígenas) é constantemente sustentada como definidora de provável ocorrência de disputas sobre direitos indígenas, o que autorizaria o processamento e julgamento pela justiça federal.

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG²²² foram encontrados três casos de criminalização de indígenas: um sobre o direito à assistência do órgão tutelar (Funai); um sobre competência judicial e, por fim, um sobre direitos do indígena criminalizado.

No que toca à participação de representante do órgão assistencial aos índios, o TJMG manifestou que ocorre nulidade processual quando de sua ausência na hipótese

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Habeas corpus* nº 37.270/2006. Relator: Des. José Luiz Barreto Vivas. Data de julgamento: 25.out.06. Data de publicação: 28.nov.06.

²²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

de acusado indígena “não emancipado nem integrado à sociedade”, acolhendo este pleito defensivo nos autos da Ap. nº 357.610²²³, de 2007.

Quanto à definição de competência judicial, o TJMG manteve a decisão de pronúncia²²⁴ contra indígena acusado de homicídio qualificado, afastando, dentre outros pleitos preliminares, o de declaração da incompetência da justiça estadual, apoiando-se, para tanto, no teor da Súmula nº 140, do STJ e no argumento de que o homicídio imputado não tinha correlação com disputas por direitos indígenas.

O direito ao cumprimento de pena em estabelecimento da Funai foi assegurado nos autos do AgEx. nº 9.341²²⁵, de 2013, condicionado-o à possibilidade de aquele órgão acolher o condenado e vetado o cumprimento da pena na própria aldeia, ainda que sob supervisão de servidor da Funai, pois que o objetivo do Estatuto do Índio é o de integração progressiva e harmoniosa do indígena à “sociedade nacional” e esta meta, segundo o tribunal, só se alcança com a supervisão constante do órgão assistencial.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ²²⁶ não foram encontrados casos de criminalização de indígenas ou quaisquer discussões sobre a temática (ou, ao menos, a matéria não foi discutida por via recursal no juízo *ad quem*).

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP²²⁷ foram encontrados sete casos de criminalização de indígenas.

A realização de exame antropológico, para dirimir dúvida quanto à identidade étnica do acusado, foi negada pelo TJSP que, compulsando os autos de apelação, afirmou que o apelado não tinha qualquer traço de inadaptação à vida em sociedade, que portava documento de identidade e tinha conta bancária, não havendo razão para considerá-lo um “silvícola” que, segundo o tribunal, “(...) nada mais é que um índio em

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 357.610/2007. Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez. Data de julgamento: 22.jul.09. Data de publicação: 5.ago.09.

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em sentido estrito nº 348.032/2000. Relator: Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Data de julgamento: 2.out.03. Data de publicação: 17.out.03.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em execução nº 9.341/2013. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Data de julgamento: 30.jul.13. Data de publicação: 5.ago.13.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

²²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

primitivo estágio de habitante da selva²²⁸. O pleito foi reiterado em autos de revisão criminal e novamente negado pelo TJSP²²⁹.

Quanto à competência, o TJSP reafirmou o teor da Súmula nº 140, do STJ, não acolhendo a nulidade absoluta arguida pela defesa técnica de indígena acusado de cometer homicídio qualificado²³⁰.

A possibilidade de cumprimento de prisão preventiva em estabelecimento da Funai foi afastada em julgamento do HC nº 410.606-3²³¹, de 2000, sob a justificativa de que o regime de semiliberdade somente se aplica ao condenado e, portanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória pelo juiz de execução penal²³².

Porém, no julgamento do HC nº 569.516-7²³³, de 2010, foi concedido ao acusado, indígena da etnia Pankararé, a possibilidade de cumprir a custódia em estabelecimento da Funai, enquanto não julgado o recurso de apelação de condenação por crime de roubo.

Todos os direitos previstos no Estatuto do Índio foram afastados em julgamento de recurso de apelação²³⁴, interposto em favor de indígena da etnia Pankararé que, por ser manobrista, ter cursado os primeiros anos do ensino fundamental e ter fluência na língua portuguesa, foi considerado integrado e, deste modo, não estava abrangido pela tutela do Estado.

3.2.5 Região Sul

Na região sul do País (composta pelos estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina), foram localizados sessenta e cinco casos de criminalização de índios: 52,31% deles (34 julgados) são recursos de apelação; 23,07% (15 julgados) são recursos

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 154.136-0/2010. 11ª Câmara Criminal. Relator: Des. Machado de Andrade. Data de julgamento: 25.out.12.

²²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Revisão Criminal nº 149.449-52/2011. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Borges Pereira. Data de julgamento: 20.mar.12

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas corpus* nº 446.893-38/2010. 8ª Câmara Criminal. Relator: Louri Barbiero. Data de julgamento: 6.jan.11.

²³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas corpus* nº 410.606-3/2000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Segurado Braz. Data de julgamento: 11.mar.03.

²³² Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 436.526-52/2010. 6ª Câmara Criminal. Relator: Silmar Fernandes. Data de julgamento: 11.abr.13.

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas corpus* nº 569.516-7/2010. 16ª Câmara Criminal. Relator: Borges Pereira. Data de julgamento: 15.mar.11.

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 27.069-08/2010. 16ª Câmara Criminal. Relator: Borges Pereira. Data de julgamento: 20.mar.12.

em sentido estrito, seguidos de 21,53% do total (14 julgados), correspondentes a autos de *habeas corpus* impetrados e de 1,53% (1 julgado), relativo ao recurso de agravo, em execução penal. Mesma porcentagem para o único recurso *ex officio* encontrado.

Do total de casos, 44,62% (29 julgados) versam sobre a competência do juízo estadual; 38,46% (25 julgados), referem-se à nulidade processual por não produção de laudo antropológico; 15,38% dos casos (10 julgados) relacionam-se à necessidade de participação de Procurador Federal Especializado na defesa dos acusados; apenas 7,69% do total (5 casos) requerem a aplicação de atenuante de pena e 6,15% (4 casos), o regime prisional especial do Estatuto do Índio. Mesma porcentagem para a concessão de liberdade, em razão da aplicação da C169, da OIT (4 casos).

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR²³⁵ foram localizados dezesseis casos de criminalização de indígenas.

Os pleitos da defesa técnica sobre a necessidade de realização de exame pericial antropológico vêm, geralmente, acompanhados da arguição de incompetência da justiça estadual.

Neste sentido, o RESE nº 481.804-4²³⁶, de 2008, em que a defesa técnica de três indígenas, pronunciados pela acusação de homicídio qualificado de outro indígena e por ocultação de seu cadáver, suscitou, preliminarmente, nulidade processual, pela não realização de exame antropológico para confirmar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade daqueles, bem como pela não participação de Procurador Federal Especializado em fases processuais anteriores ao oferecimento de memoriais (alegações finais).

O juízo *a quo* – confirmado pelo tribunal – porém, entendeu que este havia sido devidamente intimado, além de ser desnecessária a produção de laudo antropológico, pois os acusados seriam indígenas integrados – o que se confirmaria pelo porte, por todos, de documentos públicos, por sua frequência à igreja e ao ensino regular (sabendo ler e escrever) e por terem rubricado os termos do interrogatório e dos depoimentos. Foi dispensada, também, a produção de laudo de exame médico-legal para atestar a integridade mental dos acusados, pois, segundo o artigo 149 do Código de Processo

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 481.804-4/2008. Relator: Des. Oto Luiz Sponholz. Data de julgamento 2.out.08. Data de publicação 14.nov.08.

Penal, o juiz ordena a sua realização, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, quando houver dúvida sobre aquela – e, tanto para o juiz singular como para o tribunal, não haveria dúvidas sobre sua integração. Os fundamentos da decisão do TJPR são repisados nos julgamentos dos seguintes recursos: RESE nº 80.391-0²³⁷, de 1999; do RESE nº 92.978-8²³⁸ e do HC nº 100.229-7²³⁹, ambos de 2000.

A realização de exame de sanidade mental, o fato de o acusado indígena assistir programas de televisão, de trajar roupas de grife e de possuir casa de alvenaria foram elementos suficientes para afastar a necessidade de laudo antropológico no julgamento do RESE nº 306.076-4²⁴⁰, de 2005. De igual modo, o TJPR dispensou²⁴¹ a prova pericial na hipótese de ter a defesa técnica outra tese defensiva além da inimputabilidade do indígena, acusado de homicídio qualificado de outro indígena, reafirmando, ainda, a competência da justiça comum para processá-lo e julgá-lo.

Na Ap. nº 431.484-7²⁴², de 2008, interposta pela Procuradoria Federal Especializada em favor de indígena acusado do crime de estupro, foram arguidas nulidades processuais pela não realização de exame de DNA da vítima e de exame antropológico do réu, para atestar sua inimputabilidade – pleitos afastados pelo tribunal, tanto porque o laudo de DNA fora produzido (embora não juntado aos autos) quanto porque o laudo antropológico era desnecessário, dada a realização de exame de sanidade mental que confirmava sua imputabilidade (artigo 149, do Código de Processo Penal) e por haver informações nos autos de que o réu já viajara para diversas cidades do País e que dominava, portanto, o idioma português.

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 80.391-0/1999. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos A. Hoffmann. Data de julgamento: 2.set.99. Data de publicação: 27.set.99.

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 92.978-8/2000. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Luiz Sponholz. Data de julgamento: 17.ago.00. Data de publicação: 18.set.00.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas corpus* nº 100.229-7/2000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Newton Luz. Data de julgamento: 30.nov.00. Data de publicação: 5.fev.00.

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 306.076-4/2005. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Fábio Haick Dalla Vecchia. Data de julgamento: 27.out.05. Data de publicação: 18.nov.05.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 882.428-6/2012. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Macedo Pacheco. Data de julgamento: 23.ago.12. Data de publicação: 10.set.12.

²⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 431.484-7/2008. Relatora: Des^a. Sônia Regina de Castro. Data de julgamento 10.jan.08. Data de publicação 1.fev.08.

Nos autos da Ap. nº 322.956-7²⁴³, de 2006, a defesa técnica de acusado indígena, condenado pela prática de furto qualificado, arguiu, além da incompetência do juízo estadual, a nulidade processual pela não realização de laudo antropológico para atestar o grau de integração do indígena à “sociedade nacional” que, segundo o juízo de primeira instância, confirmava-se pelo fato de o acusado ter tatuagens no corpo e saber ler e escrever, ainda que com dificuldades. O pedido de declaração da nulidade, neste aspecto, foi deferido, mas afastada a arguição de incompetência do juízo. Mesma decisão adotada para julgamento da Ap. nº 329.435-1²⁴⁴, de 2006, em que foram requeridos os mesmos pleitos para a defesa técnica de indígena acusado de tentativa de furto durante repouso noturno.

A questão de competência da justiça estadual é decidida, em geral, por sua reafirmação, amparando-se na Súmula nº 140, do STJ²⁴⁵⁻²⁴⁶.

Quanto ao direito de cumprir a sanção penal em local próximo à sua habitação, em estabelecimento da Funai, o TJPR, no julgamento dos autos do recurso *ex officio* nº 313.024²⁴⁷, de 2006, determinou que a medida de segurança imposta a indígena, acusado de cometer homicídio simples, considerado inimputável por alcoolismo atestado, fosse cumprida em sua aldeia, sob supervisão de servidores da Funai e Funasa (Fundação Nacional de Saúde), à época o órgão público responsável pelos serviços de saúde aos povos indígenas no País, substituído, atualmente, pela Sesai (Secretaria Especial de Saúde Indígena), vinculada ao Ministério da Saúde.

Por outro lado, foi afastada²⁴⁸⁻²⁴⁹ a aplicação de atenuante de pena ou do regime prisional de semiliberdade na hipótese de acusado indígena considerado aculturado, definição esta, no caso, dada não por laudo antropológico, mas por elementos como

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 322.956-7/2006. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Ronald Juarez Moro. Data de julgamento: 21.nov.06. Data de publicação: 30.nov.06.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 329.435-1/2006. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Mendes Silva. Data de julgamento: 10.ago.06. Data de publicação: 15.set.06.

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 133.057-2/2003. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos A. Hoffmann. Data de julgamento: 13.fev.03. Data de publicação: 17.mar.03.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 126.641-3/2002. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Jesus Sarrão. Data de julgamento: 12.dez.02. Data de publicação: 3.fev.03.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso *ex officio* nº 313.024-1/2006. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio Loyola Vieira. Data de julgamento: 4.mai.06. Data de publicação: 19.mai.06.

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 630.700-6/2010. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Ronald Juarez Moro. Data do julgamento: 12.ago.10. Data de publicação: 27.ago.10.

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas corpus* nº 212.091-6/2002. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Idevan Lopes. Data do julgamento: 31.out.02. Data de publicação: 14.nov.02.

convivência com “família branca”, porte de documentos públicos, frequência no ensino médio, conhecimento da língua portuguesa e frequência a cultos religiosos cristãos.

Nos autos do HC nº 135.796-2²⁵⁰, de 1999, não foi concedido o pedido subsidiário de cumprimento do restante de pena privativa de liberdade em estabelecimento da Funai, feito por Procurador Federal Especializado em favor de paciente indígena, sob o argumento de que a hediondez do crime é elemento indicador de sua integração.

No julgamento do RESE nº 143.145-0²⁵¹, de 2004, foram enfrentadas três questões: a competência da justiça estadual (reafirmada por meio da Súmula nº 140, do STJ), o cumprimento de pena em regime de semiliberdade (compreendido como faculdade do juiz) e a necessidade de laudo antropológico afastada quando os fatos são submetidos a julgamento pelo júri, capaz de decidir sobre o nível de integração do acusado indígena à “sociedade nacional”.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS²⁵² foram encontrados dezenove casos de criminalização de indígenas.

O TJRS dispensa a produção de laudo antropológico, quando demonstrado nos autos do processo, inequivocamente, que se trata de acusado indígena completamente integrado à “sociedade nacional”²⁵³⁻²⁵⁴, contando com indícios como o exercício de trabalho e domínio da língua portuguesa²⁵⁵.

No julgamento da Ap. nº 807.807²⁵⁶, de 2006, o TJRS, reconhecendo a inimputabilidade do acusado, manteve a absolvição imprópria do indígena, a quem se

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas corpus* nº 135.796-2/1999. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Campos Marques. Data do julgamento: 12.ago.99. Data de publicação: 20.ago.99.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso em sentido estrito nº 143.145-0/2004. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Jesus Sarrão. Data de julgamento: 13.mai.04. Data de publicação: 31.mai.04.

²⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 218.563/2006. 6ª Câmara Criminal. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Data de julgamento: 9.nov.06. Data de publicação: 11.dez.06.

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 579.356/2010. 7ª Câmara Criminal. Relator: Des. Naele Ochoa Piazzeta. Data de julgamento: 11.nov.10. Data de publicação: 24.nov.10.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 78.897/2004. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Antônio Hirt Preiss. Data de julgamento: 9.dez.04. Data de publicação: 11.jan.05.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 807.807/2006. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Data de julgamento: 23.fev.06. Data de publicação: 20.mar.06.

imputou a prática do crime de homicídio simples, convertendo a medida de segurança a tratamento ambulatorial.

Quanto à necessidade de participação da Funai no curso do processo penal, decidiu-se, nos autos da Ap. nº 82.525²⁵⁷, de 2002, que é esta desnecessária quando o réu ostenta indícios de aculturação e, no caso em concreto, o fato de o indígena dirigir sem habilitação (crime imputado), confirmava sua proximidade com a “sociedade nacional” – mesmas razões sustentadas no julgamento dos autos da Ap. nº 657.099²⁵⁸, de 2007. Em outras palavras, a própria imputação do crime serviu como elemento indicador de integração. A mesma fundamentação foi dada no julgamento dos autos do HC nº 55.005²⁵⁹, de 2004.

A questão de competência da justiça estadual fundamenta-se na Súmula nº 140, do STJ para reafirmar-se e, em geral, apoia-se também na tese segundo a qual a disputa por direitos indígenas só se dá em casos em que a terra indígena já foi demarcada e se encontra sob ameaça de invasão.

O TJRS entende que a conexão entre os fatos delituosos imputados e as disputas por direitos indígenas deve ser temporal, ou seja, os fatos devem ser simultâneos, não cabendo argumentar que a preexistência de conflitos justifique o deslocamento de competência para a justiça federal julgar crimes havidos posteriormente. Neste sentido: HC nº 154.885²⁶⁰ e Ap. nº 678.967²⁶¹, ambos de 2002; Ap. nº 888.044²⁶², de 2003; Ap. nº 368.583²⁶³, de 2004; HC nº 295.333²⁶⁴ e HC nº 610.484²⁶⁵, ambos de 2012; HC nº 608.796²⁶⁶, de 2014.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 82.525/2002. 6ª Câmara Criminal. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Data de julgamento: 31.out.02. Data de publicação: 13.jan.03.

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 657.099/2007. 7ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira. Data de julgamento: 29.mar.07. Data de publicação: 10.abr.07.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 55.005/2004. 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Data de julgamento: 11.ago.04. Data de publicação: 2.set.04.

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 154.885/2002. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Data de julgamento: 23.out.02. Data de publicação: 22.nov.02.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 300.353/2004. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Antônio Hirt Preiss. Data de julgamento: 22.abr.04. Data de publicação: 20.mai.04.

²⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 888.044/2002. 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gaspar Marques Batista. Data de julgamento: 16.out.03. Data de publicação: 11.nov.03.

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 678.967/2002. Câmara Especial Cível. Relator: Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Data de julgamento: 27.dez.02. Data de publicação: 28.abr.03.

No julgamento do HC nº 200.291²⁶⁷, de 2002, embora tivesse sido confirmado que os fatos se deram em contexto de disputa por terras indígenas, os acusados (da etnia Kaingang) foram considerados integrados, pois que exerciam atividade remuneratória (servidores da Funasa) e eram motoristas. A gleba de terra em disputa, aliás, não era demarcada para seu povo, descaracterizando, para o TJRS, o requisito de “disputa por direitos indígenas”, considerando que estes sequer haviam sido previamente definidos pelo procedimento administrativo correspondente ao reconhecimento de direitos territoriais.

Também foi denegada ordem ao HC nº 254.419²⁶⁸, de 2006, em que a defesa técnica requereu o trancamento da ação penal movida contra indígena Kaingang, acusado de crime de lesões corporais, porque havia sido supressa instância judicial, considerando que a competência para julgamento seria da justiça federal, dado que, segundo a defesa, os eventos imputados haviam se dado em contexto de disputa por terras, no município de Faxinalzinho/RS. O TJRS entendeu, porém, que os conflitos apontados haviam ocorrido em data anterior a dos fatos sob julgamento, não cabendo, portanto, arguir por sua conexão – o que conduzia à afirmação de competência da justiça estadual.

No julgamento da Ap. nº 460.953²⁶⁹, de 2001, o TJRS deferiu a atenuação de pena de reclusão imposta a indígena Kaingang acusado de crime de atentado violento ao pudor, bem como o seu cumprimento em estabelecimento da Funai, dispondo, ainda, que o regime de semiliberdade, previsto no Estatuto do Índio, sobrepõe-se àquele dado

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 295.333/2012. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Newton Brasil de Leão. Data de julgamento: 15.fev.12. Data de publicação: 2.abr.12.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 610.484/2012. 7ª Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Laura Louzada Jaccottet. Data de julgamento: 29.nov.12. Data de publicação: 6.dez.12.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 608.796/2014. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Julio Cesar Finger. Data de julgamento: 30.jul.14. Data de publicação: 2.set.14.

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 200.291/2002. 7ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Agathe Elsa Schmidt da Silva. Data de julgamento: 6.jun.02. Data de publicação: 20.ago.02.

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 254.419/2006. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Data de julgamento: 21.dez.06. Data de publicação: 14.mar.07.

²⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 460.953/2001. 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Tupinambá Pinto de Azevedo. Data de julgamento: 7.ago.02. Data de publicação: 9.dez.02.

aos crimes hediondos. Porém, é necessário que a defesa técnica prove que se trata de um indígena não aculturado, como decidiu nos autos do HC nº 879.750²⁷⁰, de 2004.

O TJRS decidiu²⁷¹, ainda, que a atenuação de pena compete somente ao juiz de conhecimento, revendo decisão do juiz da execução de atenuá-la e aplicar o regime especial de semiliberdade.

No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC²⁷² foram localizados trinta casos de criminalização de indígenas.

O TJSC acolheu preliminar de incompetência da justiça comum para o processamento e julgamento de crime, imputado a indígenas da etnia Xokleng, de roubo com arma de fogo de trator utilizado para recolher madeira extraída de suas terras, nas proximidades do município de Doutor Pedrinho/SC, pois que se teria danificado patrimônio da União²⁷³.

Contudo, o tribunal, em geral, segue o entendimento do STJ e STF no sentido de não ser necessário o deslocamento à justiça federal do processamento e julgamento de crimes cometidos ou sofridos por indígenas, contanto que não envolvam a coletividade.

Assim, nos autos do RESE nº 22.927-2²⁷⁴, de 2005, não conheceu a arguição preliminar de incompetência da justiça estadual para processamento e julgamento de indígena acusado de homicídio qualificado. Mesmo entendimento, referendando a Súmula nº 140, do STJ, aplicado ao julgamento dos recursos: HC nº 148-0²⁷⁵, de 1998; RESE nº 21.590-2²⁷⁶ e Ap. nº 631-0²⁷⁷, ambas de 1999; Ap. nº 5.160-8²⁷⁸ e Ap. nº

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 879.750/2004. 7ª Câmara Criminal. Relator: Des. Alfredo Foerster. Data de julgamento: 11.nov.04. Data de publicação: 29.nov.04.

²⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo em execução nº 261.156/2007. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Vladimir Giacomuzzi. Data de julgamento: 8.fev.07. Data de publicação: 22.fev.07.

²⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

²⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 34.401-9/2012. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Data de julgamento: 28.ago.12.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 22.927-2/2005. 2ª Câmara Criminal. Relator: Juiz Carlos Carstens Kohler. Data de julgamento: 13.set.05.

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Habeas corpus* nº 148-0/1998. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amaral e Silva. Data de julgamento: 10.fev.98.

²⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 21.590-2/2000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Torres Marques. Data de julgamento: 28.nov.00.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 631-0/1999. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Roberge. Data de julgamento: 24.mar.99.

21.310-1²⁷⁹, ambos de 2000; RESE nº 135-1²⁸⁰, de 2001; Ap. nº 13.123-2²⁸¹, de 2002; RESE nº 4.375-1²⁸², de 2005; Ap. nº 45.307-2²⁸³, de 2006; Ap. nº 60.232-0²⁸⁴, de 2009; Ap. nº 97.271-2²⁸⁵, de 2011.

Também na Ap. nº 26.496-8²⁸⁶, de 2002, negou-se provimento ao pedido de anulação *ab initio* do processo, pela condenação por juízo estadual, bem como ao pedido de produção de laudo antropológico – pois que se tratava de acusado indígena já integrado à sociedade²⁸⁷. Mesmas razões para o julgamento da Ap. nº 52.257-6²⁸⁸, de 2007, em que também se requereu a nulidade por não participação da Funai no feito.

O cerceamento de defesa pela não realização da prova pericial antropológica foi, também, objeto de apelo nos autos da Ap. nº 4.686-3²⁸⁹, de 2007, decidindo o TJSC por sua prescindibilidade, quando presentes nos autos elementos que indiquem a integração. Mesmo entendimento aplicado ao caso em que o acusado portava título de eleitor²⁹⁰⁻²⁹¹.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 5.160-8/2000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Álvaro Wandelli. Data de julgamento: 13.jun.00. Data de publicação: 6.jul.00.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 21.310-1/2000. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Genésio Nolli. Data de julgamento: 13.fev.01.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 135-1/2001. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Genésio Nolli. Data de julgamento: 7.ago.01. Data de publicação: 21.ago.01.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 13.123-2/2002. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Maurílio Moreira Leite. Data de julgamento: 29.ago.02. Data de publicação: 21.ago.02.

²⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 4.375-1/2005. 1ª Câmara Criminal. Relator: Juiz José Carlos Carstens Kohler. Data de julgamento: 26.abr.05.

²⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 45.307-2/2006. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Sérgio Paladino. Data de julgamento: 27.mar.07.

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 60.232-0/2009. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Irineu João da Silva. Data de julgamento: 29.jun.10.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 97.271-2/2011. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Data de julgamento: 11.jul.12.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 26.496-8/2002. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gaspar Rubik. Data de julgamento: 7.mar.06.

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 2.264-3/2010. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Data de julgamento: 6.abr.10.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 52.257-6/2007. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Subs. Victor Ferreira. Data de julgamento: 27.jun.08.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 4.686-3/2007. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Torres Marques. Data de julgamento: 13.mar.07.

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 3.035-2/2005. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Irineu João da Silva. Data de julgamento: 22.mar.05.

²⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 2.890-0/2003. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Data de julgamento: 17.jun.03. Data de publicação: 16.set.03.

A tese de inimputabilidade do indígena²⁹²⁻²⁹³, sustentada pela defesa, não foi acolhida pelo TJSC ao julgar acusado de lesões corporais que havia cursado os primeiros graus do ensino fundamental, exercia a função de “tarefeiro” (corte de erva mate) e residia em zona urbana do município de Faxinal dos Guedes/SC²⁹⁴.

Pelas mesmas razões, não se deu provimento ao apelo de indígena acusado de homicídio privilegiado, pois que sua imputabilidade estava provada pelo fato de ser eleitor e contribuinte cadastrado na Receita Federal, sendo, portanto, capaz de entender as relações e valores do “mundo dito civilizado”, dispensando-se exame de insanidade mental pelo “duplo critério biopsicológico”²⁹⁵.

No julgamento do RESE nº 62.879-9²⁹⁶, de 2007, o TJSC afirmou que, tão somente por integrar uma cultura diversa, o índio não pode ser qualificado como inimputável. Antes, deve ser tratado como homem capaz e, quando perfeitamente integrado à sociedade dispensa-se o exame de sanidade mental, com base no critério biopsicológico²⁹⁷.

A não participação da Funai no processo criminal que condenou indígena da etnia Guarani, acusado de tentativa de estupro de vulnerável, e o não reconhecimento de seu direito de cumprir a pena no regime prisional de semiliberdade foram objetos de *habeas corpus* impetrados por Procurador Federal Especializado, cuja ordem não foi concedida pelo TJSC que entendeu que os “benefícios” do Estatuto do Índio não se aplicam ao indígena integrado à sociedade²⁹⁸. Mesma motivação para não se conhecer do apelo para reconhecer a incidência da C169, da OIT²⁹⁹.

²⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 8.618/1991. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Nauro Collaço. Data de julgamento: 13.mai.91. Data de publicação: 21.jun.91.

²⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 70.627-1/2009. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Sérgio Paladino. Data de julgamento: 13.abr.10.

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 697-4/2003. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Gaspar Rubik. Data de julgamento: 29.nov.05.

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 26.621-9/2002. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Jaime Ramos. Data de julgamento: 11.mar.03.

²⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em sentido estrito nº 62.879-9/2007. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Data de julgamento: 29.mar.08.

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 55.821-0/2007. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Data de julgamento: 7.fev.08.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Habeas corpus* nº 86.040-6/2013. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Celso Tomazini. Data de julgamento: 21.jan.14.

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 37.477-8/2013. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Subs. Volnei Celso Tomazini. Data de julgamento: 24.set.13.

Também não foi reconhecida a nulidade pela ausência de intimação do Procurador Federal Especializado para atos do processo, se este apresentou peças consideradas necessárias à defesa do apelante indígena³⁰⁰.

O cumprimento de pena em regime prisional de semiliberdade não foi concedido no HC nº 11.441-6³⁰¹, de 2009, pois que o indígena, acusado de tentativa de roubo, estava integrado à sociedade.

O TJSC, por fim, não conheceu a arguição de *ne bis in idem* sustentada pela defesa técnica em favor de indígena, da aldeia Pinhalzinho, que fora condenado pela prática de lesões corporais contra a irmã e que já havia sido punido pela comunidade. Por se tratar de indígena aculturado, não cabia o afastamento do *jus puniendi* do Estado, nem os demais direitos do Estatuto do Índio³⁰².

3.3 Jurisprudência dos tribunais regionais federais

Os tribunais regionais federais são órgãos da justiça federal, compostos por, no mínimo, sete juízes federais, recrutados e nomeados segundo regras expressas da Constituição Federal em seus artigos 106 a 110, competindo-lhes, em matéria criminal, processar e julgar, originariamente, juízes federais de sua jurisdição denunciados pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, bem como membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da justiça eleitoral; as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou de juízes federais da região; os autos de *habeas corpus*, na hipótese de a autoridade coatora ser juiz federal; conflitos de competência entre juízes federais e, por fim; julgar os recursos interpostos contra decisões de juízes federais e juízes estaduais no exercício da competência federal – reforçando que, nesta, compreende-se a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, conforme o inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal.

Foram analisados 38 casos de criminalização de indígenas, coletados nos bancos de dados dos sítios eletrônicos de cada tribunal, debruçados nas vias recursais de julgados de juízes federais de sua circunscrição.

³⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 62.670-8/2009. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Sérgio Paladino. Data de julgamento: 8.jun.10.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Habeas corpus* nº 11.441-6/2009. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Data de julgamento: 5.mai.09.

³⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 86.669-7/2013. 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Data de julgamento: 25.abr.14.

Do total, 57,89% (22 casos) são recursos de apelação, seguidos de *habeas corpus* impetrados (8 casos – 21,05%) e de recursos em sentido estrito (8 casos – 21,05%).

As matérias suscitadas versam, igualmente, sobre laudo antropológico, aplicação dos direitos dos indígenas criminalizados e participação de assistência específica. A necessidade de produção de laudo antropológico para aferir a culpabilidade dos acusados foi sustentada em 31,57% dos julgados (12 casos) – mesma porcentagem para a arguição de incompetência do juízo federal (12 casos).

A aplicação de atenuante de pena aparece em 34% deles (13 casos) e o regime especial de semiliberdade foi requerido em 15,78% dos julgados (6 casos).

Em apenas um julgado, foi requerida a nulidade processual por não participação de Procurador Federal Especializado da Funai (2,63% do total).

3.3.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1³⁰³ exerce sua jurisdição sobre grande parte dos estados da Federação, incluindo o Distrito Federal, sendo aqueles os estados de Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

Nele, foram encontrados cinco casos de criminalização de indígenas.

Manifestando-se quanto à necessidade de realização de exame antropológico, em se tratando de acusado indígena, o TRF1 reiterou a jurisprudência do STJ e STF no sentido de que, havendo elementos suficientes nos autos que demonstrem a sua integração (assimilação) à “sociedade nacional”, é dispensável a sua produção, mesmo porque o exame antropológico não tem amparo legal, constituindo-se em prova opcional do juízo, em caso de dúvida.

Deste modo, não concedeu a ordem para anulação *ab initio* do processo criminal movido contra indígena da etnia Guajajara, segundo requerimento do Ministério Público Federal que alegou, ainda, ser indispensável a realização da prova pericial desde a

³⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

prisão em flagrante para exata dimensão da compreensão do agente quanto à ilicitude da conduta³⁰⁴.

A matéria foi, também, objeto de apelação, no recurso Ap. nº 1010-9³⁰⁵, de 2003, sem alteração do entendimento da Terceira Turma do TRF1 quanto ao tema, a não ser pela determinação de que o juízo da execução observe o cumprimento de pena em regime prisional de semiliberdade, havendo esta possibilidade atestada pela Funai. Reafirmou que o laudo antropológico é desnecessário, pois que a escolaridade, a fluência na língua portuguesa e o grau de liderança que exercia na quadrilha eram indícios suficientes de sua integração à “sociedade nacional” do condenado, que fora denunciado pela prática de tráfico de entorpecentes, nos termos da legislação vigente à época³⁰⁶.

Também não foi concedida a ordem para reconhecer o constrangimento ilegal pela não realização de exame antropológico de indígena acusado de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, pois que, segundo constou nos autos, tratava-se de indígena integrado à sociedade, o que se provava por meio de seu boletim de vida progressa, porte de carteira de identidade e cadastro de pessoa física, pela fluência na língua portuguesa, bem como pelo fato de exercer a profissão de carpinteiro, ser casado e católico praticante³⁰⁷.

Nos autos da Ap. nº 49.688-4³⁰⁸, de 2001, a defesa técnica de acusado de estupro de vulnerável, sustentou que a sentença condenatória não considerou a “dupla personalidade do agente”, baseado no fato de aquele ser indígena, e, portanto, não aplicou os direitos previstos no Estatuto do Índio (atenuante de pena e regime prisional “semiaberto” no local de funcionamento da Funai).

O TRF1, porém, delimitou as questões de competência da justiça federal àquelas relativas à cultura dos povos indígenas ou que envolvam sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições e, sobretudo, às questões fundiárias das suas reservas. O crime de estupro, sofrido ou praticado por indígena, não se encontra

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas corpus* nº 17.109-9/2003. Terceira Turma. Relator: Des. Olindo Menezes. Data de julgamento: 15.fev.04

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação nº 1010-9/2003. Terceira Turma. Relator: Des. Cândido Ribeiro. Data de julgamento: 2009.

³⁰⁶ A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, foi revogada pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas corpus* nº 55.226-05/2012. Terceira Turma. Relator: Juiz Marcus Vinicius Reis Bastos. Data de julgamento: 15.fev.04.

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação nº 49.688-4/2001. Terceira Turma. Relator: Des. Olindo Menezes. Data de julgamento: 15.jul.03.

abrangido pela expressão “disputa sobre direitos indígenas” – razão pela qual determinou a anulação do feito e a remessa dos autos para a justiça estadual julgar.

Pelas mesmas razões, e amparando-se na jurisprudência do STJ e STF, o TRF1 negou provimento ao recurso do Ministério Público Federal que interpôs RESE nº 2.875-4³⁰⁹, de 2000, contra decisão declaratória de incompetência da justiça federal para processamento e julgamento de indígena acusado da prática de homicídio simples.

3.3.2 Tribunal Regional Federal da 2ª Região

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2³¹⁰ exerce sua jurisdição sobre os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo e, como a quase inexistente discussão judicial sobre criminalização de indígenas em ambos os estados (ao menos, em sede recursal), manifestou-se quanto ao tema em apenas uma ocasião, em que o Ministério Público interpôs RESE nº 53.000³¹¹, de 2002, em face à decisão do juízo federal de declinar da competência para julgamento de crime envolvendo indígena, amparando-se na Súmula nº 140, do STJ.

O TRF2 decidiu pelo provimento do recurso, afirmando que cabe à União a preservação de todos os direitos dos povos indígenas e seus membros, dentre eles o direito à vida, não se podendo relegar à justiça estadual a tarefa de conhecer de infrações penais cometidas por ou contra indígenas (“silvícolas”).

3.3.3 Tribunal Regional Federal da 3ª Região

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3³¹² exerce sua jurisdição sobre os estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. Foram encontrados sete casos de criminalização de indígenas.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso em sentido estrito nº 2.875-4/2000. Terceira Turma. Relator: Des. Hilton Queiroz. Data de julgamento: 15.fev.04

³¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

³¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recurso em sentido estrito nº 53.000/2002. Quinta Turma. Relator: Des. Raudênio Bonifácio Costa. Data de julgamento: 17.abr.01. Data de publicação: 30.ago.01.

³¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

Ficou caracterizado o constrangimento ilegal de não participação de Procurador Federal Especializado nos atos de processo criminal movido contra indígena considerado não integrado à sociedade, nos autos do RESE nº 927³¹³, de 1998.

A incompetência do juízo foi impugnada por meio do HC nº 46.201³¹⁴ e do HC nº 6.958³¹⁵, ambos de 1998, e suscitada, preliminarmente, no RESE nº 2.444³¹⁶, de 2000, sendo acatada pelo TRF3, que anulou os feitos desde o início e deslocou os julgamentos para a justiça estadual, com base no entendimento do STJ. Mesma fundamentação para negar provimento ao RESE nº 3.111³¹⁷, de 2002.

Por outro lado, o TRF3 decidiu que a interpretação do inciso XI do artigo 109, da Constituição Federal, deve ser a que assegure máxima proteção aos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas e seus membros, o que não se limita, portanto, às questões cíveis e administrativas, geralmente vinculadas à questão de demarcação e homologação de terras indígenas.

Cabe à justiça federal a análise de todo conflito quanto à organização social dos indígenas, aí envolvidos todos os aspectos de seu particular modo de vida e organização política.

Os crimes cometidos ou sofridos por indígenas, quando afetam a coletividade ou ofendem interesses não meramente particulares devem ser reservados à competência da justiça federal, como foi o caso de tentativa de homicídio praticada por indígena contra liderança da comunidade, na Comarca de Ponta Porã/MS³¹⁸.

Na Ap. nº 55.328³¹⁹, de 2012, foi negado o direito à atenuante de pena ao indígena acusado de tráfico de drogas, por ser considerado integrado à “sociedade nacional” (sem laudo antropológico amparando a decisão).

³¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em sentido estrito nº 927/1998. Primeira Turma. Relator: Des. Roberto Haddad. Data de julgamento: 23.jun.98. Data de publicação: 25.ago.98.

³¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas corpus* nº 49.086-86/1998. Segunda Turma. Relatora: Desª. Sylvia Steine. Data de julgamento: 6.ou.98. Data de publicação: 3.fev.99.

³¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas corpus* nº 6.958/1998. Quinta Turma. Relatora: Desª. Suzana Camargo. Data de julgamento: 27.abr.98. Data de publicação: 9.jun.98.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em sentido estrito nº 2.444/2000. Segunda Turma. Relatora: Desª. Cecília Mello. Data de julgamento: 31.mai.05. Data de publicação: 8.jul.05.

³¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em sentido estrito nº 3.111/1998. Segunda Turma. Relator: Juiz Maurício Kato. Data de julgamento: 10.set.02. Data de publicação: 7.nov.02.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em sentido estrito nº 6.287/2010. Segunda Turma. Relator: Juiz Fernão Pompeo. Data de julgamento: 7.ago.12. Data de publicação: 16.ago.12.

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas corpus* nº 55.328/2012. Quinta Turma. Relatora: Juíza Louise Filgueiras. Data de julgamento: 3.fev.14. Data de publicação: 7.fev.14.

3.3.4 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4³²⁰ exerce sua jurisdição sobre os estados de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Foram encontrados treze casos de criminalização de indígenas.

Nos autos da Ap. nº 216-3³²¹, de 2006, decidiu-se que não havia nulidade ao não se realizar exame antropológico, quando presente nos autos elementos bastantes para aferir o nível de integração do indígena à “sociedade nacional”. Mesmo entendimento para o julgamento da Ap. 1.242-6³²², de 2001, em que a perícia antropológica foi considerada desnecessária para aferir a imputabilidade do acusado³²³⁻³²⁴ e dos recursos de apelação: Ap. nº 4.103³²⁵ e nº 4.104³²⁶, julgadas conjuntamente em 2003; Ap. nº 3.602-02³²⁷, de 2005; Ap. nº 4.056-11³²⁸, de 2007; Ap. nº 2.704-50³²⁹, de 2009; RESE nº 1.108-4, de 2003.

A tese da incidência de erro de proibição e os pedidos subsidiários de atenuante de pena e cumprimento desta em regime prisional de semiliberdade não foram providos no julgamento da Ap. nº 30.716-3³³⁰, de 1993, pois que os relatos do corrêu (não

³²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

³²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 216-3/2006. Oitava Turma. Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Data de julgamento: 8.out.08.

³²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 1.242-6/2001. Sétima Turma. Relatora: Desª. Valéria Menin Berlato. Data de julgamento: 24.ago.10. Data de publicação: 25.ago.10.

³²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 1.818-1/2004. Oitava Turma. Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Data de julgamento: 13.set.06.

³²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 8.674-7/2006. Oitava Turma. Relator: Des. Luiz Fernando Wowk Penteado. Data de julgamento: 17.mar.10. Data de publicação: 23.mar.10.

³²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 4.103/2003. Oitava Turma. Relator: Des. Eloy Bernst Justo. Data de julgamento: 13.jun.07.

³²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 4.104/2003. Oitava Turma. Relator: Des. Eloy Bernst Justo. Data de julgamento: 13.jun.07.

³²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 3.602-02/2005. Oitava Turma. Relator: Juiz Artur César de Souza. Data de julgamento: 2.mar.11. Data de publicação: 4.mar.11.

³²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 4.056/2007. Oitava Turma. Relator: Juiz Sérgio Fernando Moro. Data de julgamento: 13.jul.11.

³²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 2.704-5/2009. Oitava Turma. Relator: Des. Luiz Fernando Wowk Penteado. Data de julgamento: 2.ago.12.

³³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 30.716-3/1993. Primeira Turma. Relator: Des. Ronaldo Luiz Ponzi. Data de julgamento: 5.dez.95.

indígena), em crime de furto qualificado e receptação, teriam demonstrado a capacidade de discernimento do apelante, dispensando-se tratamento jurídico diferente.

O crime de estupro, imputado a cacique da aldeia de Pinhalzinho/PR teve a competência para julgamento deslocada da justiça federal para a justiça estadual³³¹.

A “periculosidade do agente”, pela prática dos crimes imputados, foi motivo bastante para negar a liberdade provisória de cacique da etnia Kaingang, na comarca de Pato Branco/PR, mesmo após arguição de constrangimento ilegal pelo Procurador Federal Especializado de que teve, dificultosamente, acesso aos autos do inquérito policial e ao próprio paciente para exercício de sua defesa técnica³³².

Por outro lado, foi concedida a ordem para a soltura de cacique idoso, por se compreender que a segregação cautelar a que estava submetido era excessiva, pois que o acusado não oferecia riscos à sociedade e mantê-lo custodiado, em cárcere comum, prejudicaria sua própria saúde e o bem estar da comunidade³³³.

3.3.5 Tribunal Regional Federal da 5ª Região

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5³³⁴ exerce sua jurisdição sobre os estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Foram encontrados doze julgados.

A questão da competência para processamento e julgamento de crimes sofridos ou cometidos por indígenas segue a orientação da maioria dos julgados do STJ e do STF, que são referendados pelos tribunais estaduais: a competência da justiça federal incide apenas nos casos de disputas sobre direitos indígenas, consideradas estas apenas aquelas que afetam patrimônio da União ou lesam interesses de toda a coletividade, excetuados, portanto, os casos de aparente interesse particular, como crimes de competência comum dos estados.

³³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso em sentido estrito nº 2.788-5/2006. Sétima Turma. Relator: Des. Néfi Cordeiro. Data de julgamento: 6.mai.08.

³³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Habeas corpus* nº 19.397-88/2012. Sétima Turma. Relator: Des. Fábio Bittencourt da Rosa. Data de julgamento: 15.jun.99. Data de publicação: 18.ago.99.

³³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Habeas corpus* nº 22.081-8/1999. Primeira Turma. Relator: Juiz Luiz Carlos Canalli. Data de julgamento: 28.nov.12.

³³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

Neste sentido, foi deslocada a competência para a justiça estadual de tentativa de lesão corporal entre índios da etnia Truká, nos autos do RESE nº 1.344³³⁵, de 2010.

Foi mantida a competência da justiça federal para o julgamento de homicídio imputado a indígena contra outro da etnia Xukuru, pois que os fatos teriam se dado em razão de controvérsia sobre quem teria controle sobre verbas pertencentes a todo o povo³³⁶. A Súmula nº 140, do STJ, foi afastada.

A atenuante prevista no *caput* do artigo 56 do Estatuto do Índio foi aplicada em julgamento da Ap. 8.114³³⁷, de 2012, pois que não foi negada a identidade indígena do acusado de crime de peculato contra a Funai. Mesma decisão nos autos dos recursos: Ap. nº 9.546³³⁸, Ap. nº 8.928³³⁹ e Ap. nº 8.838³⁴⁰, todas de 2013; Ap. nº 10.822³⁴¹, de 2014.

Porém, entendeu-se que a condição de “silvícola” por si só não confere ao agente tal direito³⁴², e sua caracterização como “aculturado”³⁴³⁻³⁴⁴ ou completamente integrado à “comunidade nacional” também afasta sua aplicação³⁴⁵.

Pelas mesmas razões, foi negado o pedido de cumprimento de pena em regime prisional de semiliberdade ao indígena acusado de crime de atentado contra serviço de utilidade pública, pela destruição de torre transmissora de energia elétrica³⁴⁶.

³³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recurso em sentido estrito nº 1.344/2010. Segunda Turma. Relator: Des. Francisco Wildo. Data de julgamento: 13.jul.10. Data de publicação: 22.jul.10.

³³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Habeas corpus* nº 1.658/2003. Primeira Turma. Relator: Des. Edvaldo Batista da Silva Júnior. Data de julgamento: 22.mai.03. Data de publicação: 27.jun.03.

³³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 8.114/2012. Terceira Turma. Relatora: Desª. Cíntia Menezes Brunetta. Data de julgamento: 23.ago.12. Data de publicação: 3.set.12.

³³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 9.546/2013. Terceira Turma. Relator: Des. Marcelo Navarro. Data de julgamento: 18.abr.13. Data de publicação: 24.abr.14.

³³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 8.928/2013. Terceira Turma. Relator: Des. Marcelo Navarro. Data de julgamento: 4.abr.13. Data de publicação: 11.abr.13.

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 8.838/2013. Terceira Turma. Relator: Des. Marcelo Navarro. Data de julgamento: 4.abr.13. Data de publicação: 11.abr.13.

³⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 10.822/2014. Terceira Turma. Relator: Des. Marcelo Navarro. Data de julgamento: 20.fev.14. Data de publicação: 24.fev.14.

³⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 5.995/2011. Segunda Turma. Relator: Des. Francisco Wildo. Data de julgamento: 26.jul.11. Data de publicação: 4.ago.11.

³⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 6.224/2011. Primeira Turma. Relator: Des. Manoel Erhardt. Data de julgamento: 4.ago.11. Data de publicação: 25.ago.11.

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 6.953/2011. Primeira Turma. Relator: Des. Manoel Erhardt. Data de julgamento: 4.ago.11. Data de publicação: 25.ago.11.

³⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 5.818, de 2008. Segunda Turma. Relator: Des. Ivan Lira de Carvalho. Data de julgamento: 11.nov.08. Data de publicação: 26.nov.08.

3.4 Jurisprudência do STJ e STF

No Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF, foram encontrados cinquenta e seis casos que versaram sobre criminalização de indígenas, coletados nos respectivos bancos de dados de seus sítios eletrônicos. Do total, 50% (28 casos) são autos de *habeas corpus* impetrados, seguidos de: 35,71% (20 casos) de incidentes processuais de conflito de competência (todos interpostos no STJ); 5,35% (3 casos) de recursos extraordinários (de competência do STF); 3,57% (2 casos) de recursos especiais (de competência do STJ) e de 1,78% (1 caso) de mandado de segurança. Mesma porcentagem para agravo regimental em recurso especial (1 caso) e em recurso extraordinário (1 caso).

A arguição pela nulidade processual dos julgados nas instâncias inferiores por incompetência do juízo foi sustentada em 71,43% dos julgados (40 casos); 17,86% (10 casos) correspondem à arguição de nulidade pela não produção de laudo antropológico para aferir a culpabilidade dos acusados indígenas.

O direito ao cumprimento de pena ou de prisão preventiva em regime especial de semiliberdade foi levantado em 10,71% dos julgados (6 casos) e o direito à atenuação de pena, em 8,93% do total (5 casos). Por fim, a necessidade de participação de representante do órgão de assistência federal foi sustentada em 5,36% (3 casos) dos julgados.

3.4.1 Superior Tribunal de Justiça

Foram encontrados no Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁴⁷ quarenta e quatro casos de criminalização de indígenas, a maior parte deles relacionados ao questionamento de competência judicial da justiça estadual para julgamento de crimes em que os indígenas são acusados ou ofendidos.

A análise da culpabilidade de indígenas sob o elemento da potencial consciência da ilicitude – e, mais especificamente, de sua exclusão ou minoração pela ocorrência de erro de proibição – foi arguida em diversos recursos criminais ou em *writs* impetrados

³⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 5.802/2009. Terceira Turma. Relator: Des. Vladimir Carvalho. Data de julgamento: 24.set.09. Data de publicação: 29.set.09.

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

junto ao STJ. Afastando-se do critério biopsíquico que caracterizou a fundamentação da culpabilidade de indígenas como inimputáveis, por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a tese da incidência de erro de proibição parte da noção, em geral, de que aos indígenas falta o conhecimento do injusto dos tipos penais imputados.

Ainda assim, os motivos determinantes para não se reconhecer o erro de proibição são os mesmos aplicados para afastar a tese de inimputabilidade de indígenas: a presença de elementos indiciários de que o contato interétnico possibilitou a aculturação ou integração do acusado à “sociedade nacional”³⁴⁸ (trabalhar, dominar o idioma português, dirigir veículo habilitado etc.).

Neste sentido, o julgamento dos recursos: HC nº 5.359-30/RR³⁴⁹; HC nº 243.794/MS³⁵⁰; Resp. nº 1.129.637/SC³⁵¹; HC nº 25.003/MA³⁵².

A assistência de Procurador Federal Especializado no processo criminal foi deferida no MS nº 30.675/AM³⁵³, porém por se entender que o indeferimento constituía ato administrativo para quem não é parte, dispensando-se a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo. Manifestando-se em autos de recurso especial, mesmo atestando a integração do acusado à “sociedade nacional”, o STJ reconheceu que, por se tratar de indígena, era necessária a participação de Procurador Federal Especializado³⁵⁴.

O STJ fixou a Súmula nº 140, em que se afirma que os crimes cometidos ou sofridos por indígenas são de competência para processamento e julgamento da justiça estadual, após o julgamento de vários incidentes recursais de conflito de competência e de julgar preliminares arguidas em diversos recursos criminais sobre a nulidade absoluta decorrente de julgamento por juízo incompetente. Neste sentido, o julgamento do CC nº

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 9.403/PA. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Data de julgamento: 16.set.99. Data de publicação: 18.out.99.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 5.359-30/RR. 2ª Turma Criminal. Relator: Min. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 21.jan.13.

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 243.794/MS. 6ª Turma Criminal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 11.mar.14. Data de publicação: 24.mar.14.

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.129.637/SC. 6ª Turma Criminal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Data de julgamento: 25.fev.14. Data de publicação: 10.mar.14.

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 25.003/MA. 6ª Turma Criminal. Relator: Min. Paulo Medina. Data de julgamento: 9.set.03. Data de publicação: 1.dez.03.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 30.675/AM. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Gilson Dipp. Data de julgamento: 22.nov.11. Data de publicação: 1.dez.14.

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº. 792.256/MA. Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp. Data de julgamento: 10.mai.07. Data da publicação: 29.jun.07.

8.733-3/MA³⁵⁵; CC nº 6.419-8/MT³⁵⁶; CC nº 21.968/MG³⁵⁷; HC nº 35.227/MS³⁵⁸; HC nº 87.422/AC³⁵⁹; HC nº 32.214/RS³⁶⁰; CC nº 52.194/SC³⁶¹; CC nº 43.413/MT³⁶²; HC nº 33.392/RS³⁶³.

Embora preliminarmente afirmasse que a súmula não tem caráter vinculativo, mas, antes, servia como uma diretriz, a sua menção em todos os julgados reforçou-a, de tal modo que seu enunciado consolidou-se como um dogma na maior parte dos julgados tanto do STJ quanto de tribunais de justiça estaduais.

A partir da elaboração da Súmula nº 140, vários julgados sedimentaram o entendimento do tribunal superior sobre ser a justiça estadual competente para apreciar os crimes cometidos ou sofridos por indígenas. Nesse sentido: HC nº 9.856/MS³⁶⁴; HC nº 9.826/RS³⁶⁵; HC nº 9.511/MA³⁶⁶; CC nº 29.093/MS³⁶⁷; CC nº 21.794/AC³⁶⁸; CC nº

³⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 8.733-3/MA. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jesus Costa Lima. Data de julgamento: 22.jul.94. Data de publicação: 22.ago.94.

³⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 6.419-8/MT. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jesus Costa Lima. Data de julgamento: 2.mar.95. Data de publicação: 27.mar.95.

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 21.968/MG. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Anselmo Santiago. Data de julgamento: 11.nov.98. Data de publicação: 18.dez.98.

³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 35.227/MS. 5ª Turma Criminal. Relatora: Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 18.abr.13. Data de publicação: 25.abr.13.

³⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 87.422/AC. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 24.nov.08. Data de publicação: 19.dez.08.

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 32.214/RS. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Data de julgamento: 8.nov.07. Data de publicação: 7.fev.08.

³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 52.194/SC. 3ª Turma Criminal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 14.mar.07. Data de publicação: 26.mar.07.

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 43.413/MT. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Gilson Dipp. Data de julgamento: 13.out.04. Data de publicação: 10.nov.04.

³⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 33.392/RS. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Jorge Scartezini. Data de julgamento: 8.jun.04. Data de publicação: 2.ago.04.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 9.856/MS. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Data de julgamento: 5.ago.99. Data de publicação: 13.set.99.

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 9.826/RS. 6ª Turma Criminal. Relator: Min. Vicente Leal. Data de julgamento: 21.set.99. Data de publicação: 11.out.99.

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 9.511/MA. 6ª Turma Criminal. Relator: Min. Vicente Leal. Data de julgamento: 14.mar.00. Data de publicação: 10.abr.00.

³⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 29.093/MS. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Vicente Leal. Data de julgamento: 9.ago.00. Data de publicação: 4.set.00.

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 21.794/AC. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jorge Scartezini. Data de julgamento: 18.dez.00.

99.406/RO³⁶⁹; CC nº 101.569/PR³⁷⁰; CC nº 93.120/AM³⁷¹; CC nº 43.328/MS³⁷²; CC nº 30.022/MS³⁷³; CC nº 37.665/TO³⁷⁴; CC nº 35.073/PR³⁷⁵; CC nº 33.303/TO³⁷⁶. Importante frisar que a alegação de nulidade por incompetência do juízo foi arguida em *habeas corpus* impetrado em favor de indígenas de Cabrobó/PE, mas não analisada pelo STJ em razão de o tema não ter sido enfrentado em acórdão do TJPE, sob pena de supressão de instância³⁷⁷.

A súmula, contudo, foi excepcionada, em outros julgados³⁷⁸⁻³⁷⁹, para fins de reconhecer a competência da justiça federal em conflitos suscitados entre jurisdições distintas³⁸⁰. Disciplinando como regra o processamento e julgamento de crimes praticados ou sofridos por indígenas pela justiça estadual, o STJ determinou que toda vez que a questão versar sobre matérias referentes à organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, estará configurada a disputa sobre direitos indígenas.

Por tais motivos, foi julgado procedente pedido de deslocamento de competência da vara criminal de Formoso do Araguaia/TO para o juízo federal de Gurupi/TO, para julgamento de crimes de calúnia e difamação entre indígenas da etnia Wahuri, do povo

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 99.406/RO. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de julgamento: 13.out.10. Data de publicação: 20.out.10.

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 101.569/PR. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de julgamento: 25.ago.10. Data de publicação: 6.set.10.

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 93.120/AM. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de julgamento: 9.jun.10. Data de publicação: 17.jun.10.

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 43.328/MS. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Og Fernandes. Data de julgamento: 8.out.08. Data de publicação: 21.out.08.

³⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 30.022/MS. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Data de julgamento: 24.mar.04. Data de publicação: 1.jul.04.

³⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 37.665/TO. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Gilson Dipp. Data de julgamento: 12.mar.03. Data de publicação: 14.abr.03.

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 35.073/PR. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Vicente Leal. Data de julgamento: 11.set.02. Data de publicação: 30.set.02.

³⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 33.303/TO. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Fontes de Alencar. Data de julgamento: 14.ago.02. Data de publicação: 2.09.02.

³⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 34.683/PE. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Felix Fischer. Data de julgamento: 14.set.04. Data de publicação: 25.out.04.

³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 43.155/RO. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Paulo Gallotti. Data de julgamento: 24.ago.05. Data de publicação: 30.nov.05.

³⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 35.489/RS. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Paulo Gallotti. Data de julgamento: 10.mar.04. Data de publicação: 12.abr.04.

³⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 39.389/MT. 3ª Turma Criminal. Relatora: Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 10.mar.04. Data de publicação: 5.abr.04.

Javaé, na Ilha do Bananal³⁸¹. Também foi deslocada a competência para a justiça federal do julgamento do furto qualificado de madeiras contra a Aracruz Celulose S/A, imputado aos indígenas, cujo local dos fatos é objeto de ação possessória julgada naquela jurisdição³⁸².

O julgamento do homicídio de produtor rural da comarca de Itamarajú/BA, imputado a cacique da etnia Pataxó, também foi deslocado à justiça federal, pelo reconhecimento de os fatos terem se dado em contexto de conflito de terras na região³⁸³. Igualmente, os crimes de tentativa de homicídio, extorsão, sequestro e cárcere privado, lesão corporal, formação de quadrilha e corrupção de menores – todos imputados a indígena da etnia Guarani-Kaiowá, tiveram o processamento e julgamento deslocado para a justiça especializada, em razão de confrontos por terra na região entre os municípios de Amambaí e Coronel Sapucaia/MS³⁸⁴. Mesmo julgamento dado para o pedido de deslocamento da competência para processar e julgar os crimes de homicídio contra policiais imputados a indígenas em razão de conflitos com fazendeiros no município de Dourados/MS³⁸⁵.

Pelas mesmas razões (integração dos indígenas e seus graus de “aculturação”), o STJ negou os direitos previstos no Estatuto do Índio (atenuante de pena e regime prisional de semiliberdade)³⁸⁶, afirmando que estes não se aplicam em favor do indígena já adaptado à sociedade³⁸⁷⁻³⁸⁸. Neste mesmo sentido, a decisão no agravo regimental do Resp. nº 1.361.948/PE³⁸⁹. Porém, foi concedida, sob parecer favorável do Ministério

³⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 123.016/TO. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 26.jun.13. Data de publicação: 1.ago.13.

³⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 24.732/ES. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 4.fev.10. Data de publicação: 1.mar.10.

³⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 124.827/BA. 5ª Turma Criminal. Relatora: Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 1.set.09. Data de publicação: 28.set.09.

³⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 93.000/MS. 3ª Turma Criminal. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Data de julgamento: 8.out.08. Data de publicação: 14.nov.08.

³⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 65.898/MS. 5ª Turma Criminal. Relatora: Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 27.mar.07. Data de publicação: 14.mai.07.

³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 88.853/MS. 6ª Turma Criminal. Relatora: Min. Jane Silva. Data de julgamento: 18.set.07. Data de publicação: 11.fev.08.

³⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 30.113/MA. 5ª Turma Criminal. Relator: Min. Gilson Dipp. Data de julgamento: 5.out.04. Data de publicação: 16.nov.04.

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 22.834/MA. 6ª Turma Criminal. Relator: Min. Vicente Leal. Data de julgamento: 9.set.03. Data de publicação: 22.nov.04.

³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº. 1.361.948/PE. Quinta Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 10.set.13. Data da publicação: 16.set.13.

Público Federal, a ordem ao HC nº 124.622/PE³⁹⁰, para estender o regime de semiliberdade ao cumprimento de custódia cautelar, desde que a Funai atestasse sua viabilidade³⁹¹.

3.4.2 Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal – STF³⁹² foram encontrados doze casos que versaram sobre a criminalização de indígenas (sendo um deles anterior ao regime constitucional vigente).

Nos julgados em que foi instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal analisou a culpabilidade de indígenas sob o critério de sua imputabilidade, que poderia ser aferida pelos julgadores sem a prova pericial antropológica, desde que presentes nos autos do processo criminal elementos de sua integração, almejada pelo Estatuto do Índio.

Neste sentido, nos autos do HC nº 45.349, julgado em 1969, o STF decidiu que “[n]a cláusula de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no art. 22 do CP, pode situar-se o silvícola. In casu, não há comprovação de tratar-se de réu silvícola. Ademais, ainda que silvícola, não ficou demonstrada a sua inadaptação à vida do meio civilizado”³⁹³. Também os autos do HC nº 64.476-7/MG³⁹⁴ informam que se o índio já é aculturado e tem desenvolvimento mental que lhe permita compreender a ilicitude de sua conduta, é ele plenamente imputável.

Esse entendimento pouco se alterou após a vigência da nova ordem constitucional, em 1988. Diverge-se quanto à necessidade de produção de laudo antropológico. No julgamento do HC nº 79.530-7/PA³⁹⁵, impetrado em favor de Paulinho Paiakan (índigena da etnia Kayapó), acusado da prática do crime de estupro, o

³⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 45.349/SP. Quinta Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 3.dez.09. Data da publicação: 14.dez.09.

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 55.792/BA. Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 29.jun.06. Data da publicação: 21.ago.06.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso 30.dez.14.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 45.349/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 11.out.68. Data da publicação: 10.nov.06.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 64.476-7/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Djaci Falcão. Data de julgamento: 10.out.86. Data da publicação: 31.out.86.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 79.530-7/PA. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 16.dez.99. Data da publicação: 25.fev.00.

STF entendeu que a presença nos autos de elementos que indicavam sua integração (como alfabetização, porte de documentos públicos e fluência na língua portuguesa) dispensavam a necessidade de prova antropológica pericial. Nos autos do HC nº 85.198-3/MA³⁹⁶, o STF julgou ser dispensável a prova pericial quando o juiz afirma a imputabilidade plena do acusado a partir da aferição de sua integração, tendo por base o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa e a própria prática do crime (no caso, pelo exercício de liderança no crime de associação para o tráfico de drogas e porte ilegal de armas, imputados). Entretanto, neste caso, afirmou-se que o regime especial de semiliberdade deve ser aplicado pela simples condição de tratar-se de réu indígena.

Já nos autos do HC nº 84.308-5/MA, julgou o STF que constitui cerceamento de defesa de acusado indígena a não realização de perícias antropológica e biológica (sanidade mental), quando exigível pelas circunstâncias do caso concreto, ensejando o reconhecimento de nulidade processual não coberta pela preclusão³⁹⁷.

A maior parte dos julgados no STF sobre criminalização de indígenas, no entanto, centra-se na definição de competência para seu julgamento. Em 1996, o STF concedeu a ordem para o deslocamento de competência para a justiça federal do julgamento de homicídio praticado por indígenas contra outro indígena, na reserva de Caarapó, localizada no estado de Mato Grosso do Sul. Segundo o relator, Min. Francisco Rezek, não se trata de ampliar a interpretação do conteúdo do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal, mas de reconhecer que na expressão “direitos indígenas” incluem-se todos eles, inclusive o mais elementar – o direito à vida, sendo vontade do constituinte sua proteção pela União³⁹⁸ em se tratando de índios.

Alterando o entendimento anterior, no julgamento do HC nº 85.737-0/PE³⁹⁹, o STF não deu provimento ao pedido subsidiário da defesa técnica de se reconhecer a incompetência da justiça comum no julgamento de crime de roubo qualificado, imputado a indígena da etnia Truká. Segundo o impetrante, os fatos imputados se deram em conflito por disputa de terras, na ilha de Assunção, município de Cabrobó/PE. Para o

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 85.198-3/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 17.nov.05. Data da publicação: 9.dez.05.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 84.308-5/MA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 15.dez.05. Data da publicação: 24.fev.06.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 71.835-3/MS. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek. Data de julgamento: 4.abr.95. Data de publicação: 22.nov.96.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 85.737-0/PE. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 12.dez.06. Data de publicação: 30.nov.07.

STF, contudo, a suposta ofensa a bens semoventes de propriedade particular não representa ofensa a bem jurídico que demande a apreciação da justiça federal, que só caberia em caso de afronta à cultura indígena, ao direito sobre suas terras ou quando envolvidos interesses da União. Mesma fundamentação aplicada para o julgamento do HC nº 81.827-7/MT⁴⁰⁰ e do REEx nº 263.010-1/MS⁴⁰¹.

O fato de o crime ter sido cometido por indígena contra outro, dentro de reserva indígena, não configura motivação para se declarar interesse da União. Esta, segundo manifestou o STF em julgamento de recurso extraordinário, só se desata na hipótese de ocorrência de crime de genocídio⁴⁰² ou quando tenha havido disputa sobre direitos indígenas⁴⁰³, não cabendo à análise de crimes cometidos por índios contra índios⁴⁰⁴.

A partir da análise dos julgados, evidencia-se o alinhamento do Judiciário com o discurso criminológico majoritário acerca da criminalização de indígenas segundo o qual se afirma concretizado o ideal integracionista da legislação ordinária sempre que presentes indícios de contato interétnico. A utilização de língua portuguesa, a posse de documentos públicos, o exercício de atividade laborativa, a prática da fé cristã e até a audiência de programas de televisão são reportados como elementos configuradores da transição almejada pelo Estatuto do Índio, da condição de indígenas para integrados à “sociedade nacional”.

Nos tribunais de justiça estaduais ou federais, a discussão centra-se na aplicação de direitos dos indígenas criminalizados (regime especial de semiliberdade e atenuante, ambos do artigo 56 do Estatuto do Índio), enquanto que, em instâncias superiores (STJ e STF), o requerimento principal é o de declaração de nulidade por incompetência do juízo, o que também desvela outra dificuldade para o exercício da defesa técnica: a definição jurídica de “disputas sobre direitos indígenas”.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 81.827-7/MT. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 28.mai.02. Data de publicação: 23.ago.02.

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 263.010-1/MS. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 13.jun.00. Data de publicação: 10.nov.00.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 351.487-3/RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 10.nov.06.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 419.528-3/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 3.ago.06. Data da publicação: 9.mar.07.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 496.653-7/AP. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 6.dez.05. Data de publicação: 3.fev.06.

O Projeto de Lei do Senado Federal – PLS nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal, prevê as seguintes regras para definição de competência da justiça federal:

Art. 95. Considera-se praticada em detrimento dos interesses da União, autarquias e empresas públicas, além das hipóteses expressamente previstas em lei, a infração penal lesiva a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, estejam sob administração, gestão ou fiscalização destas entidades.

§1º Inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio.

§2º Considera-se praticada em detrimento dos serviços federais, a infração penal dirigida diretamente contra o regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais.

Para Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, as regras eximem as dúvidas quanto à fixação da competência federal para processamento e julgamento de crimes praticados ou sofridos por indígenas. “A Justiça Federal (...) está preparada, ou deve estar, e estará cada vez mais, para julgar condutas cometidas por membro de comunidade indígena definida em lei como crime” (CASTILHO e COSTA, 2009, p. 57).

Em todo caso, porém, seja em julgamentos realizados por tribunais estaduais, regionais federais, pelo STJ ou pelo STF, o reconhecimento de direitos indígenas sempre exigirá do jurista uma análise que contemple saberes extrajurídicos (como a antropologia, a arqueologia, a história etc.), pois apenas pelo aprofundamento destes é que se torna possível compreender em que medida a conduta ilícita, aparentemente isolada, vincula-se ou não àqueles direitos e interesses assegurados constitucionalmente.

Esse quadro permite afirmar, portanto, que os objetos jurídicos tutelados pela Constituição são inteiramente peculiares, pois que, além de abranger os objetos jurídicos do direito "branco" na forma constitucional vigente, *também* se haverão de atender às regras ditadas pela tradição, cultura, organização e valores índios, que podem e devem ser igualmente protegidos tanto civilmente como penalmente, *até mesmo quando não explicitamente previstos na legislação ordinária do país*, já que a Constituição reconheceu também as regras indígenas e (...) também os valores respectivos (inclusive jurídicos), cuja violação logicamente justifica a mesma sanção (CASTRO, 2004, p. 89).

Portanto, ambas as causas de nulidade processual mais sustentadas (ausência de laudo antropológico e incompetência do juízo estadual) demonstram a incompreensão do Judiciário quanto à diversidade étnica durante a criminalização de indígenas, seja por não lhes reconhecer esta identidade, seja por não acatar a hipótese de que as condutas

ilícitas possam ter sido cometidas em razão de disputas sobre seus direitos – o que demandaria processamento e julgamento por órgão jurisdicional especializado.

Também o não acolhimento da causa de nulidade processual por não atuação de Procurador Federal Especializado e dos pleitos de aplicação de atenuante de pena ou de regime prisional especial de semiliberdade demonstram o impacto da compreensão dos juízes sobre a integração dos acusados indígenas à “sociedade nacional”. Ao afirmar completo este processo, negam-se aos indígenas criminalizados seus direitos peculiares, negando-se, por consequência, seu estado de sujeitos de direitos.

A criminalização de indígenas, segundo tais critérios, atualiza a função política de declará-los integrados à “sociedade nacional”, conforme preconizado pela legislação ordinária, e os impactos dessa função espraiam-se para além da mera criminalização e da aplicação indistinta da lei penal: neutralizam ou suprimem as reivindicações de indígenas pelo reconhecimento de seus direitos, pois que sua identidade étnica é, ao mesmo tempo, declarada superada ou em processo de superação.

As lutas pela concretização dos direitos indígenas, por indígenas e suas lideranças, encontram, assim, nova barreira, desta vez realizada pela criminalização – como passamos a examinar.

CAPÍTULO IV

INDÍGENAS (QUASE) BRASILEIROS

4.1 Criminalização de lideranças indígenas

A profecia de extinção dos povos indígenas e o ideal de integrar até o último índio pela legislação brasileira infraconstitucional não se realizou. O crescimento da população indígena, o número de indivíduos que se reconhecem como tais e as demandas pela demarcação de todas as terras com viés étnico colocaram ao Estado, novamente, o desafio de se desenvolver economicamente sem desrespeitar a diversidade humana.

Segundo o Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2010⁴⁰⁵, houve um crescimento da população indígena de 294 mil pessoas, em 1991, para 896 mil – o que, certamente, refere-se não apenas às alterações dos índices de natalidade e mortalidade, mas, principalmente, ao aumento do número de pessoas que se reconhecem como indígenas, notadamente nos grandes centros urbanos. Foram contabilizadas as pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça e os residentes em terras indígenas que, embora não declarassem, se consideravam indígenas: 57,7% (517 mil pessoas) moravam em terras oficialmente reconhecidas.

Tais números contrariam as predições de indigenistas de décadas passadas. Para Darcy Ribeiro, por exemplo, empreendendo o estudo dos impactos da política integracionista brasileira, em fins da década de 1950, previa-se o contrário: “(...) uma redução progressiva da população indígena, na medida em que os diversos grupos passem da condição de isolamento à de integração” (1993, p. 445) – embora, para o antropólogo, a redução não significasse seu desaparecimento total, pois que, integrados, experimentariam certo incremento demográfico, pela miscigenação.

⁴⁰⁵ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Censo 2010. Dados sobre os povos indígenas. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/>. Consulta 28.jan.15.

O futuro dos indígenas foi, por muito tempo, sua assimilação e indistinção na “comunhão nacional”. O “milagre econômico” do regime civil-militar ditatorial, de fins da década de 1960 a meados de 1980, contribuía significativamente para a ideia de que, salvo poucos indivíduos remanescentes, os povos indígenas estavam fadados ao fim, considerando que os grandes empreendimentos da época – como a abertura da BR-230 (Transamazônica) e diversas outras obras de engenharia civil de grande impacto socioambiental – tornavam-nos cada vez mais vulneráveis ao perecimento total.

Tão forte era a convicção sobre o extermínio dos indígenas, em fins da década de 1960, que o Ministro do Interior, general Albuquerque Lima, requereu ao Procurador-Geral da República, Jader de Figueiredo Correia, que investigasse as acusações de corrupção no SPI, por meio da Portaria nº 154, de 24 de julho de 1967.

Após visitar mais de cento e trinta postos do órgão indigenista e inquirir centenas de funcionários, o relatório final (conhecido como “Relatório Figueiredo”)⁴⁰⁶, com mais de cinco mil páginas, foi divulgado ao público e à imprensa nacional e internacional⁴⁰⁷, chamando a atenção para carnificinas até então omitidas por agentes públicos.

Em conclusão ao seu relatório, Jader de Figueiredo Correia afirmou que “[o] Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos” ([1967?], p. 4.912). Chacinas, torturas, estupros, espancamentos, trabalhos forçados, redução à escravidão, prostituição infantil – muitos os atos, pormenorizadamente descritos, que atestavam a ruptura com a orientação pacifista dos primeiros anos do órgão tutelar e sua substituição pela perversidade no tratamento dos indígenas, a ponto de se poder afirmar, segundo o relator, “(...) que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPI” (*idem*, p. 4.913).

⁴⁰⁶ Os autos do “Relatório Figueiredo”, atualmente, encontram-se disponibilizados, em versão eletrônica, pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão setorial que trata de questões vinculadas aos povos indígenas e comunidades tradicionais (BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Grupo de Trabalho – Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar. *Relatório Figueiredo*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/#&panel1-3>. Acesso 5.fev.2015).

⁴⁰⁷ “De acordo com um repórter presente à entrevista, a Comissão Figueiredo ‘descobriu provas de ampla corrupção e sadismo, indo desde o massacre de tribos inteiras a dinamite, metralhadoras e açúcar misturado com arsênico, até a remoção de uma garota de 11 anos da escola para servir de escrava de um funcionário do Serviço’. O mesmo repórter informou que dos 700 empregados do SPI, 134 eram acusados de crimes, 200 haviam sido demitidos, e 38, fraudulentamente contratados, haviam sido afastados” (DAVIS, 1978, p. 33).

Campos de concentração étnicos foram criados, nos municípios de Carmésia e Resplendor, no estado de Minas Gerais, em fins de 1960, para encarcerar indígenas considerados infratores. A Fazenda Guarani e o Reformatório Krenak, centros agrícolas estaduais, abrigaram mais de cem mil indígenas de diversas etnias, sendo gerenciados por policiais militares mineiros e por servidores da Funai, do antigo posto indígena Guido Marlière. Submetidos a trabalhos forçados, os indígenas eram encaminhados para esses centros sob as mais diversas acusações, desde a prática de vadiagem e de insubordinação aos inspetores da Funai até o cometimento de crimes de homicídio.

A existência dessas colônias penais era, contudo, negada publicamente pelo Estado ou, ao menos, sua finalidade punitiva. Aos 3 de outubro de 1972, o senador Osires Teixeira, por exemplo, manifestando-se no plenário da Casa sobre acusação do Jornal do Brasil e do senador Nelson Carneiro de que estava em curso a punição de indígenas feita às margens da legislação aplicável, sustentou que os inspetores da Funai não os conduziam a centros de penalização, porque a fundação não os tinha – mas, sim, a centros educacionais, de onde os indígenas poderiam sair “(...) com melhores conhecimentos, com melhor saúde, em melhores condições de contribuir com o seu tuxaua, com o seu cacique, de contribuir com os seus irmãos para a prosperidade da tribo, para a prosperidade de sua gente” (SENADO FEDERAL, 1972, p. 3.244). Declarava-se, assim, a existência desses centros, mas

(...) não para segregá-los e, sim, reconduzi-los ao convívio dos seus irmãos, depois de tratados conscientemente; não para puni-los, mas para instruí-los; não para infundir medo àquele que quebrou o rito social de sua comunidade, porém, sobretudo, para despertar nele a sua utilidade no ambiente social em que vive; não para recupera-lo, no sentido convencional da palavra, mas para educá-lo. Para isto a Funai dispõe de um posto indígena – a designação correta – não uma colônia penal, situado no Município de Resplendor, em Minas Gerais, chamado Posto Guido Marlière, que ocupa área de cerca de 300 hectares (*idem*).

Além dessas atividades correcionais feitas às margens da lei, os indígenas sofreram os impactos socioambientais de grandes obras da engenharia civil. Deve-se mencionar a abertura da BR-174, ligando a capital dos estados do Amazonas e Roraima, que vitimou os Waimiri-Atroari quase por completo. Estimados, em 1905, em seis mil pessoas, por pesquisadores alemães, os Waimiri-Atroari somariam, em 1974, menos de mil indivíduos (segundo a Funai) e, em 1983, estariam reduzidos a 332 sobreviventes, 216 deles crianças ou jovens com menos de vinte anos, conforme contabilização feita por Stephan Grant Baines à época (COMITÊ ESTADUAL..., 2014, p. 25).

A construção da BR-174 tinha por objetivo ligar os municípios de Manaus e Boa Vista, mas, principalmente, facilitar a mineração em Pitinga/AM e dar acesso às fontes de energia.

Pais, mães e filhos mortos, aldeias destruídas pelo fogo e por bombas. Gente resistindo e família correndo pelos varadouros à procura de refúgio em aldeia amiga. A floresta rasgada e os rios ocupados por gente agressiva e inimiga. Esta foi a geografia política e social vivenciada pelo povo Kiña desde o início da construção da BR-174, em 1967, até sua inauguração em 1977 (COMITÊ ESTADUAL..., 2014, p. 36).

Também a Comissão Nacional da Verdade – CNV, criada por ato da Presidência da República, em 2012, para apuração dos crimes cometidos contra civis durante o regime da ditadura civil-militar, entre 1946 e 1988, compilou diversas denúncias de graves violações de direitos humanos contra povos indígenas inteiros. A mortandade dos indígenas acontecia por genocídios realizados pelo lançamento de bombas por aviões em voo raso, por tiros de metralhadora e introdução de doenças letais, que aconteciam por mandamento de agentes públicos e políticos, interessados na liberação das terras indígenas para exploração econômica.

Porém, se durante o regime de exceção os indígenas estiveram mais vulneráveis, foi nesse período que começaram a surgir novos atores sociais em defesa de seus direitos: não apenas crescia o número de movimentos indigenistas (formados, majoritariamente, por não indígenas e entidades missionárias) como também o de líderes indígenas, em defesa dos interesses de seu próprio povo.

Segundo Stephen Grant Baines, “(...) houve resistência por parte de alguns povos indígenas a abrir mão da tutela, porém, outros povos se organizaram politicamente de maneiras sem precedentes na história do Brasil” (*in* PIMENTA e SMILJANIC, 2012, p. 35).

Mas as lutas do movimento indígena e dos setores com ele comprometidos não se fizeram isoladamente. Estavam inseridas no contexto das lutas dos movimentos sociais contra as brutalidades do regime de exceção implantado pelo Golpe Militar de 1964, sobretudo em sua versão “anos de chumbo” da década de 1970. Enquanto os missionários indigenistas diziam não à tradição assimilacionista da Igreja em relação aos índios, o clero e o episcopado de linha progressista, por seu turno, diziam não aos arbítrios da ditadura, denunciando-os. Enquanto os “chefes indígenas” realizavam seus primeiros encontros e assembleias, os movimentos sociais urbanos e camponeses, com o apoio das Comunidades Eclesiais de Base, iam às ruas protestar contra o regime (LACERDA, 2008, p. 29).

No início da década de 1970, são organizadas no País diversas assembleias de líderes indígenas, reunidas para o debate amplo de problemas afetos a todos os povos. A

União das Nações Indígenas – UNIND (nome sugerido por Paulo Miriacuré Bororo), composta, inicialmente, pela juventude indígena no distrito federal, surge como entidade representativa e, embora desfeita no início da década de 1990, foi consolidada como um esforço conjunto em prol da reavaliação da política indigenista brasileira. “O índio descobr[ia] que pod[ia] falar, discutir e esclarecer seu sonho de vida. Descobr[ia] que existe na sociedade do homem branco, pessoas e setores aliados e solidários” (*in* VENTURI e BOKANY, 2013, p. 52).

Assim nasceu o que se pode chamar de primeiro movimento indígena político no país^[408]. Eram jovens estudantes que souberam manter seus ideais como a formação acadêmica e profissional, mas que se fortaleciam na cultura de seu povo e tinham conhecimento de causa, desarmando todas as propostas do poder e até mesmo saber se comportar diante da fragilidade de membros do grupo que decidiram, por exemplo, aceitar a oferta de empregos oferecidos, caso voltassem para suas áreas de origem (*idem*).

A história de alguns líderes indígenas tornou-se conhecida internacional e nacionalmente pela repercussão de sua atuação e, geralmente, por seu trágico final. Vítimas de crimes não esclarecidos ou acusados pela prática de outros, apenas indiciários, diversas lideranças indígenas foram se multiplicando ao longo do regime político de exceção, a ponto de, na década de 1980, com o processo de abertura à democracia, restar evidente o peso político de suas demandas perante o novo regime constitucional.

Alguns líderes indígenas são centrais nesse quadro. Mário Juruna (1942?-2002), por exemplo, foi o primeiro deputado federal indígena, eleito pelo Rio de Janeiro, inscrito no Partido Democrático Brasileiro – PDT, para o exercício de mandato parlamentar entre 1983 e 1987.

Da etnia Xavante (embora reverenciasse os Juruna), Mário ficou conhecido pela luta pela demarcação das terras indígenas e, principalmente, pelas denúncias de corrupção no Legislativo e em órgãos do Poder Executivo, portando sempre consigo um gravador para se precaver de acusações de corrupção e proteger-se de ameaças.

Numa dessas ocasiões, por exemplo, sustentou em plenário da Câmara dos Deputados, que o empresário Calim Eid havia tentado suborná-lo, a mando do deputado Paulo Maluf, para não votar pelas eleições diretas para Presidência da República (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1984, p. 100).

⁴⁰⁸ É importante, contudo, reforçar o papel das assembleias indígenas e indigenistas anteriores ou paralelas à formação da UNIND, todas essenciais para a constituição de um movimento indígena genuíno.

Mário Juruna fez também severas críticas à Presidência da República e à nomeação de Álvaro Villas-Boas para o cargo de presidente da Funai, pois, segundo ele, haveria uma continuidade de política indigenista discriminatória do regime ditatorial antecedente, dada a atuação do representante que julgava questionável. Em seu discurso, de 3 de setembro de 1985, disse Mário Juruna:

Álvaro Villas-Boas, que já massacrou índios em Bauru, que já entregou índios à polícia militar e à cadeia. Não concordo com esta Nova República, que traz o regime do passado, o autoritarismo destes 21 anos, quando índio apanhava. Como é que vou entender a Nova República, que escolhe para o cargo do Presidente da Funai esse homem já comprometido com o regime do passado, com o tempo do autoritarismo, vigente durante 21 anos? Apanhamos com esse homem. Então, sou contra isto. Protesto porque o Governo Sarney não está respeitando o índio nem a comunidade indígena (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1986, p. 52).

Outro líder indígena que se destacou, na década de 1980, foi Marçal Tupã'í, indígena guarani. Dirigindo-se, diretamente, ao Papa João Paulo II, em sua visita ao Brasil, no ano de 1980, no município de Manaus/AM, Marçal teria comunicado todas as atrocidades a que os indígenas eram submetidos até então. Eis o teor do discurso do líder guarani, segundo Benedito Prezida:

Somos uma nação subjugada pelos potentes [poderosos], uma nação espoliada, uma nação que está morrendo aos poucos sem encontrar caminho, porque aqueles que nos tomaram este chão não têm dado condições para a nossa sobrevivência.

Nossas terras são invadidas, nossas terras são tomadas, os nossos territórios são diminuídos, [e] não temos mais condições de sobrevivência. Queremos dizer a Vossa Santidade a nossa miséria, a nossa tristeza pela morte dos nossos líderes assassinados friamente por aqueles que tomam o nosso chão, aquilo que para nós representa a nossa própria vida e a nossa sobrevivência neste grande Brasil, chamado um país cristão (2006, p. 13-14).

Marçal foi morto com cinco tiros, após se recusar a retirar famílias indígenas de Pirakuá, comunidade localizada no estado do Mato Grosso do Sul (*idem*, p. 75).

Menos conhecidas, contudo, são as histórias de inúmeros líderes indígenas em sua luta diária pela sobrevivência e pelo reconhecimento de seus direitos. Como vítimas ou réus, aplicam-se aos indígenas decisões judiciais pouco afeitas aos seus interesses e influenciadas pela lógica etnocida da legislação integracionista (assimilacionista) que, ainda que superada pela ordem constitucional, reafirma-se nos discursos jurídicos racistas e etiológicos sustentados pelas agências judiciais, de reprodução ideológica e policiais.

Nestas, aliás, a função política do direito penal exerce-se com mais intensidade, servindo, por vezes, à deslegitimação ou desmobilização das reivindicações dos povos indígenas, como passamos a analisar.

4.1.1 Indígenas Tenharim em Humaitá/AM

Os indígenas identificados como Tenharim representam o conjunto de três grupos dos povos Kagwahiva, localizados na região do rio Madeira (do Município de Humaitá, ao sul do estado do Amazonas, até o km 180, da BR-230 – Transamazônica), falantes de língua da família tupi-guarani e organizados conforme sistema matrimonial com nomes de aves⁴⁰⁹. Denominados, porém, em 1817, como indígenas Parintintin (etnônimo dado, talvez, pelos Munduruku), há registro da presença dos Tenharim no curso do rio Juruena (MT), por volta de 1750, e seu deslocamento é atribuído ao avanço colonizador sobre suas terras.

A “pacificação” dos Tenharim foi iniciada na década de 1920 pelo SPI, contando com a participação de Curt Nimuendajú nas primeiras expedições realizadas, que possibilitaram amplo conhecimento sobre sua diversidade. Mas, na década de 1970, os Tenharim sofreram fortemente com a abertura da Transamazônica, não apenas pelos impactos socioambientais, mas pelo crescimento da violência e de morticínios, muitas vezes, empreendidos ou consentidos por agentes públicos. A população que chegava a dez mil habitantes foi reduzida, em apenas uma década, para duzentas pessoas⁴¹⁰. Segundo Edmundo Antonio Peggion,

[o]s Tenharim do Igarapé Preto, conhecidos como *Yvytytyruhu*, padeceram fortemente da descoberta quase simultânea à abertura da Transamazônica, de cassiterita em suas terras. Viveram à mercê de empresas mineradoras até fins dos anos de 1980 e atualmente tentam se recompor. Possuem uma relação de aliança com algumas unidades dos Tenharim do rio Marmelos. A TI Tenharim do Igarapé Preto localiza-se no final da chamada Rodovia do Estanho. Os habitantes da aldeia Tenharim do Igarapé Preto sofrem hoje com a ocupação dos campos no entorno de suas terras, e almejado por plantadores de soja e arroz (*in* ISA, 2006, p. 483).

No final do ano de 2013, os Tenharim protagonizaram caso de criminalização de indígenas cuja repercussão demandou o envio pelo Ministério da Justiça de tropas da

⁴⁰⁹ Dados etnográficos dos indígenas Tenharim foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <http://piib.socioambiental.org/pt/povo/tenharim>. Acesso 10.fev.2015.

⁴¹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Rondônia. Parecer Antropológico nº 03/2014 – Documento – PRM-JPR-RO-00003251/2014. 2014, p. 2.

Força Nacional de Segurança Pública à região dos fatos, para conter as manifestações de revolta de moradores que atearam fogo às instalações e veículos da Funai, bem como ao posto de pedágio providenciado pelos indígenas. Em razão dos fatos, aliás, o juiz da comarca de Eirunepé expediu a Portaria nº 2, de 2014, proibindo a circulação de indígenas na circunscrição, o que, em resposta a ofício do Ministério Público Federal, afirmou ter sido medida comemorada pelos habitantes.

Seis indígenas Tenharim foram acusados de cometer homicídio triplamente qualificado de três não indígenas (sendo, um deles, servidor da Eletrobras Amazonas Energia) que, segundo testemunhas anônimas⁴¹¹, atravessavam as terras indígenas em um veículo pela Transamazônica com destino ao município de Apuí.

De acordo com o relatório final formulado pela Polícia Federal, a motivação do crime foi vingança pela morte, em acidente de trânsito não esclarecido, do cacique Ivan Tenharim⁴¹², aos 2 de dezembro daquele ano.

Ao avistarem um veículo, no qual se encontravam as vítimas, atravessando a terra indígena dos Tenharim, os seis acusados teriam praticado o crime de homicídio triplamente qualificado (motivo fútil, meio cruel e com recurso que dificultara ou impossibilitara a defesa das vítimas – qualificadoras do homicídio previstas pelos incisos II, III e IV, do §2º, do artigo 121, do Código Penal).

Dois dias depois, policiais militares afirmaram que viram os acusados empurrando o carro para dentro da mata, na ocasião dos fatos – sem explicar o porquê de ali estarem e a razão da demora de prestarem essa informação. Outras testemunhas foram ouvidas em sede de inquérito policial, mas nenhuma delas afirmou ter presenciado o momento do crime, apenas ouviram dizer sobre ele.

Cinco dos indígenas acusados foram presos, preventivamente, aos 30 de janeiro de 2014, e recolhidos, inicialmente, no Centro de Ressocialização Vale do Guaporé, em Porto Velho (RO); três deles são familiares da vítima (dois filhos e um sobrinho) e um é o cacique Damaceno Tenharim, da aldeia Taboca. Os corpos foram encontrados apenas

⁴¹¹ VALENTE, Rubens. PF se vale de anônimos para acusar índios. *In: Folha de S. Paulo*. Caderno Poder, p. A6. Data: 22.dez.2014.

⁴¹² Segundo Egydio Schwade, Ivan Tenharim era peça central na luta pela demarcação de terras e na identificação de suspeitos de extração ilegal de madeira na região. “Na região, existem mais de 40 serrarias. Já em 2011 os Tenharim participaram, com agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), das apreensões de madeira, máquinas, caminhões e motosserras dentro da Terra Indígena Tenharim. Desde então são perseguidos por ‘jaguços quando utilizam a Transamazônica e a Rodovia do Estanho’. ‘O cacique colaborou, um mês antes de sua morte, com a Polícia Federal e o Ibama em uma operação na Gleba B da Terra Indígena Marmelos, onde fazendas estavam extraindo ilegalmente madeira. Ele foi visto pelos madeireiros’” (*in* CIMI, 2014, p. 24).

em fevereiro de 2014, com marcas de tiros e enterrados numa cova rasa no interior da terra indígena – o que, segundo os Tenharim, tornou aquele local amaldiçoado, já que está vedado, em sua cultura, o enterro de cadáveres de não indígenas.

O conflito, portanto, não se resume aos crimes de homicídio e à necessidade de sua resolução; estão envolvidos, também, os direitos do povo Tenharim à sua crença, costumes e à organização social, considerando que dois dos acusados são descendentes da vítima (cacique) e outro responsável por promover a Mbotawa, festa tradicional que congrega todos os povos anualmente.

Além disso, as prisões interferem diretamente na oposição dos indígenas ao ingresso na terra demarcada (contido pela cobrança de pedágio) para extração ilegal de madeira e minérios, desconsiderando-se, assim, os interesses político-econômicos subjacentes.

A defesa jurídica aponta diversas inconsistências da investigação criminal e da acusação.

Uma das vítimas, por exemplo, já havia sido ameaçada de morte, tempos antes, por envolvimento com mulheres casadas, mas esta linha investigatória sequer foi cogitada pelo delegado de polícia; o carro em que se encontravam as vítimas estava todo desmontado e as principais peças com sua identificação, como motor e chassi, não foram encontradas.

Há contradições no depoimento das testemunhas e nem todas tiveram suas oitivas reproduzidas e confirmadas em juízo; a omissão dos policiais que teriam presenciado o momento em que os indígenas empurraram o automóvel mata adentro não foi esclarecida; em todos os depoimentos dos indígenas, não houve nenhuma anormalidade no cotidiano das aldeias, antes e depois da data dos homicídios; por fim, os cadáveres foram enterrados em uma única cova a dois quilômetros de distância da BR-230, longe das aldeias e, portanto, de difícil acesso aos indígenas, embora próximo da Transamazônica.

Os fatos, ainda sob julgamento, impuseram aos Tenharim, entretanto, uma rotina difícil junto aos não indígenas. O agravamento das relações interétnicas, já prejudicadas em virtude dos interesses político-econômicos legais e ilegais sobre suas terras, tornou-se fonte de manifestações de ódio aos Tenharim.

Atos de discriminação se difundiram e o repúdio aos indígenas foi legitimado por um sentimento de impunidade dos moradores da região, que veem nos crimes cometidos o quadro de insegurança pública. Tais práticas inviabilizam a continuidade

das reivindicações dos Tenharim e o apoio da causa pela população local. Para Egydio Schwade,

[e]ntraram em cena todas as forças de segurança públicas: Exército e polícias. Instauraram-se inquéritos, mas todas as fartas linhas de investigação que poderiam levar a caminhos favoráveis aos indígenas foram desconsideradas. Nesse sentido, não se avista nenhuma justiça para os povos indígenas da região no curto prazo. Nenhum relatório conclusivo que vá ao encontro da justiça. Ao contrário, os inquéritos policiais acabam levando a um e mesmo beco sem saída justa, porque a “justiça” já foi previamente programada para a condenação de inocentes, dos índios “no plural”, como “bodes expiatórios”. Tudo para proteger os interesses em jogo dos madeireiros, mineradores, fazendeiros e agronegociantes (*in* CIMI, 2014, p. 25).

4.1.2 Indígenas Kaingang em Faxinalzinho/RS

De fins do século XVIII, são os primeiros relatos mais robustos de contato interétnico com os Kaingang⁴¹³ e sua “pacificação” foi sendo, aos poucos, concretizada, não sem resistências e conflitos entre os diversos grupos constituintes do povo, até a década de 1930.

Vivendo em mais de trinta terras indígenas espalhadas (fracionamento característico dos grupos jê), os Kaingang apresentam-se em contextos sociais distintos, embora, segundo Silvio Coelho dos Santos, compartilhem “(...) de uma só agonia: a de povo colonizado” (*in* SANTOS, 1982, p. 19).

Apointa-se a presença de ancestrais Kaingang dentre os guaranis reduzidos na Província de Guará e em Conceição, às margens do rio Piquiri, no estado do Paraná, entre os séculos XVI e XVII. Mas, fugindo dos ataques dos bandeirantes, os Kaingang reuniram-se em maior quantidade às novas reduções jesuíticas na Província do Tapé (atual estado do Rio Grande do Sul) e nas reduções de Santa Tereza (atual Passo Fundo) e São Carlos (atual Carazinho), destruídas, porém, entre 1632 e 1636.

Grande parte deles foi vitimada por epidemias e poucos foram os Kaingang que se subjugaram à ordem religiosa, conseguindo viver livremente nas matas do oeste paulista, do segundo e terceiro planaltos dos estados do Paraná e de Santa Catarina e nas bacias dos rios Caí, Jacuí e Piratini, no Rio Grande do Sul, até o século XIX, quando foram totalmente conquistados, após muitas batalhas violentas declaradas por Dom João VI. Segundo Juracilda Veiga,

⁴¹³ Dados etnográficos dos indígenas Kaingang foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang>. Acesso 15.fev.2015.

[a] ocupação das terras indígenas pela colonização portuguesa e, no caso Kaingang, principalmente pela colonização italiana e alemã, no século XIX, retirou dos Kaingang suas áreas de caça, coleta e perambulação e os colocou em módulos de agricultura familiar. As terras atuais dos Kaingang foram demarcadas, no Sul do Brasil, na sua maioria entre os anos de 1900 e 1920, tendo por base o módulo colonial (embora, no Rio Grande do Sul, o estado tenha deixado *florestas protetoras* que puderam continuar sendo ocupadas pelos índios até praticamente a década de 1940, quando a escassez de terras agricultáveis jogou a colonização sobre as últimas “reservas de matos” e sobre as terras indígenas já demarcadas) (*in* ISA, 2006, p. 837).

À violência da conquista das terras dos Kaingang alternavam-se as tentativas de contato pacífico dos “brancos”, como estratégia para ganhar sua confiança, muitas vezes pela prática de “namoros” (termo utilizado para indicar a entrega de presentes, cada vez em maior quantidade) e utilização de caciques subordinados. Mas, em geral, o território Kaingang só foi invadido por meio de sangrentos confrontos e pela dizimação das comunidades locais.

A ocupação dos territórios indígenas do sul do País deu-se, principalmente, pela abertura da Estrada da Mata, caminho de passagem para o comércio de rebanho trazido do Rio Grande do Sul para Sorocaba, no estado paulista, e possibilitou, gradativamente, a implantação de sesmarias a oeste e norte, a partir dos Campos Gerais no Paraná.

À medida que outras estradas eram abertas, os Kaingang refugiavam-se ou atacavam os colonos que iam se fixando em novas vilas e cidades, pois, aos poucos, não se tratava apenas de escravizá-los, mas, também, de invadir as terras para pastagem dos rebanhos remanescentes e expansão das fazendas recém construídas.

A tentativa de isolar os Kaingang ocorria, porém, com muitas resistências. Expedições eram organizadas para a conquista dos territórios indígenas e demandavam a utilização de forças militares, quando não era possível a “pacificação”. Foi sobre os Kaingang, aliás, a recomendação de Hermann von Ihering, diretor do Museu Paulista, em fins do século XIX, de que não cabia outra medida senão o seu extermínio.

As disputas pelo reconhecimento das terras indígenas dos Kaingang, no estado do Rio Grande do Sul, ainda não se findaram. Exemplo disso é a demarcação parcial da terra indígena Votouro/Kandóia, localizada nos municípios de Faxinalzinho e Benjamin Constant do Sul, cujo suporte administrativo é o estudo técnico contido na Portaria nº 773, de 11 de agosto de 2003, que reconheceu a superfície de 5.977 hectares.

Abrigando cerca de 1.400 indígenas, Votouro é palco de acirrados conflitos com a população circundante que, paulatinamente, ocupa a área em razão da expansão dos municípios adjacentes. Por não ter sido homologada, os Kaingang reivindicam a conclusão do processo demarcatório das terras, sob análise do Ministério da Justiça.

Numa dessas reivindicações, os Kaingang fecharam as estradas próximas de seu local de acampamento, sendo enfrentados por agricultores da região. No conflito, dois agricultores foram mortos, a despeito do prévio pedido de intervenção da polícia militar feito pelo cacique Deoclides da Cunha.

Foi requerida a decretação da prisão temporária de cinco indígenas (o cacique, seu sucessor, o filho do pajé, um agente de saúde e outra liderança indígena), pois que, segundo a autoridade policial, teriam sido vistos no local dos fatos.

Presos aos 9 de maio de 2014, o Centro Cultural de Faxinalzinho/RS, para o qual haviam sido convidados para uma reunião relativa à demarcação das terras indígenas⁴¹⁴, foram as lideranças conduzidas, ao final, para a penitenciária central de Jacuí, no município de Porto Alegre/RS – onde permaneceram presos até o deferimento de liminar, em autos de *habeas corpus*, junto ao STJ (HC nº 296.507/RS).

A defesa técnica argumentou pela dificuldade de ter acesso ao inquérito policial e representou ao órgão corregedor contra o tratamento inadequado que seria dispensado pelos policiais aos indígenas envolvidos.

Ademais, questionou a influência ou incentivo que autoridades políticas locais teriam tido para o desencadeamento dos fatos. É que em dezembro de 2013, os deputados federais Alceu Moreira (do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB) e Luiz Carlos Heinze (do Partido Progressista – PP), ambos do Rio Grande do Sul, manifestaram em audiência pública que, na defesa de suas terras, os agricultores poderiam valer-se de violência, se necessário, para expulsar os índios.

Suas falas resultaram no oferecimento de queixa-crime junto ao STF que, entretanto, não reconheceu a legitimidade dos autores para a propositura da ação penal⁴¹⁵. Resumindo os fatos, Lúcia Helena Rangel e Roberto Antônio Leibgott:

No Rio Grande do Sul, em uma audiência pública com produtores rurais, gravada em vídeo, os deputados da bancada ruralista Luís Carlos Heinze (PP/RS) e Alceu Moreira (PMDB/RS) proclamam frases como “Nós, os parlamentares, não vamos incitar a guerra, mas lhes digo: se fartem de guerreiros e não deixem um vigarista desses dar um passo na sua

⁴¹⁴ Segundo o Conselho Indigenista Missionário, as prisões, além de arbitrárias, foram resultado de uma emboscada, pois que os indígenas estavam na expectativa de resolverem, com representantes do Ministério da Justiça, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul e da Funai, a questão de demarcação definitiva das terras (CIMI. Sem provas, Polícia Federal e governo transformam cinco líderes Kaingang em presos políticos e criminalizam a luta pela terra. Disponível em: <http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7518>). Acesso 15.fev.2015.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração no Inquérito nº 3.862/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Órgão julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 27.nov.14. Data da publicação: 12.dez.14.

propriedade. Nenhum! Nenhum!” e “A própria baderna, a desordem, a guerra é melhor do que a injustiça”. Eles também afirmam que o movimento pela demarcação de terras indígenas é uma “vigarice orquestrada” pelo ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República, Gilberto Carvalho (*in* CIMI, 2014, p. 18).

A prisão dos líderes indígenas prejudicou, sobremaneira, a continuidade das manifestações, muito embora os Kaingang permaneçam na luta pelo reconhecimento do direito original às terras tradicionais.

4.1.3 Indígenas Tupinambá de Olivença, na região sul da Bahia

Residentes numa área que se estende da costa marítima da vila de Olivença, fundada por jesuítas em 1680, até a Serra do Padeiro, próxima ao município de Ilhéus, na região sul da Bahia, os Tupinambá⁴¹⁶ compõem o povo com o qual os europeus estabeleceram os primeiros contatos quando da colonização das terras brasileiras.

Submetidos à dominação dos invasores e a constante processo de miscigenação, a ponto de serem identificados, com o passar do tempo, como caboclos ou índios já civilizados, os Tupinambá de Olivença mantêm, apesar disso, sua identidade étnica como indígenas, organizando-se em pequenos grupos familiares.

Apenas em 2001, porém, iniciou-se o processo de demarcação de suas terras, em razão de ter o texto constitucional abandonado o critério integracionista para definir identidades étnicas e direitos vinculados.

A luta pela demarcação das terras indígenas, no entanto, não ocorre sem resistências locais: encarados como integrados à “sociedade nacional”, os Tupinambá de Olivença enfrentam discriminação por não serem encarados como indígenas e têm seus direitos taxados de privilégios injustificados – embora haja registros históricos e arqueológicos que confirmam sua presença na região muito antes da invasão europeia.

Vivendo em aldeamentos jesuítas e tendo parte das terras reconhecidas durante a colonização, os Tupinambá de Olivença foram, continuamente, expropriados de suas terras, principalmente no início do século XX. Mesmo recorrendo à intervenção do SPI, abrigando-se no Posto Indígena Caramuru-Paraguassu, não conseguiram conter as expulsões forçadas e a invasão deliberada por fazendeiros locais.

A resistência dos indígenas, nas décadas de 1920 a 1930, liderados por um caboclo de prenome Marcelino (resistência que, à época, ficou conhecida como “revolta

⁴¹⁶ Dados etnográficos dos indígenas Kaingang foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/tupinamba>. Acesso 23.fev.2015.

do Marcelino”) também não foi o suficiente para conter os avanços sobre as terras, afetadas, principalmente, na década de 1970, com a exploração econômica da cultura do cacau.

Cada vez mais confinados, tiveram que reconfigurar alguns de seus costumes, como a prática do abandono de áreas habitadas (“casas isoladas”) em busca de novas moradias. Para os Tupinambá de Olivença, essa prática é essencial para a revitalização da vida, já que a mata recobre o espaço antes ocupado pelos humanos.

A reivindicação para demarcação das terras indígenas foi retomada em 2003, sob liderança de Rosivaldo Ferreira da Silva (cacique Babau), e parcialmente atendida pela Funai que, em 2004, iniciou o estudo antropológico sobre a ocupação⁴¹⁷.

Reconhecendo a tradicionalidade da habitação e negadas as contestações feitas, foi publicado pelo órgão assistencial relatório circunstanciado no Diário Oficial da União, aos 20 de abril de 2009, atestando tratar-se a área de terras indígenas dos Tupinambá de Olivença. O relatório encontra-se, entretanto, pendente de assinatura e homologação do Ministério da Justiça desde então – situação que tem acirrado os conflitos.

De acordo com Susana de Mato Viegas,

[e]m agosto de 2003, durante o levantamento prévio de identificação da Terra Indígena, vivia-se uma situação de enorme tensão na região. Na área da vila e da costa marítima, onde há maior número de empreendimentos turísticos, foi construído um bloqueio que cortava o acesso das crianças indígenas que habitam junto da costa ao seu caminho cotidiano para a escola, e o dos adultos ao seu ponto de pesca privilegiado. Numa outra área, uma escolta da polícia civil tinha ido buscar dois índios para levá-los para depor. Eram acusados de furto de piaçaba (*in* ISA, 2006, p. 766).

Tomadas as terras por decisão dos indígenas, sob a justificativa de facilitar as reintegrações de posse na região, foi montada, em 2014, uma base da Polícia Federal na aldeia Serra do Padeiro, com apoio da FNSP e da Polícia Militar baiana. Entendida pela comunidade indígena como retaliação à luta pelas terras, e após diversas denúncias de violência policial, a base foi desmontada, mas iniciada uma série de intervenções do Exército no local, que lá permaneceu até agosto do mesmo ano.

⁴¹⁷ Segundo Lúcia Helena Rangel e Roberto Antônio Liebgott, em relatório do Conselho Indigenista Missionário – Cimi, intitulado “Violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2013”: “Os Tupinambá, do sul da Bahia, permanecem sendo atacados violentamente desde que, em 2004, teve início o processo de identificação de suas terras. As violências não cessam. Em 2013, três homens foram assassinados numa emboscada armada por quatro homens em duas motos. Além dos tiros que mataram os três Tupinambá, os assassinos praticaram violências contra os corpos” (*in* CIMI, 2014, p. 17).

Em relatório produzido, em 2011, pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH (intitulado “Relatório da Comissão Especial Tupinambá”), iniciado por força da Resolução nº 15, de 25 de agosto de 2010 e da Resolução nº 6, de 31 de agosto de 2011⁴¹⁸, foram destacadas as principais situações de violência a que os Tupinambá se veem submetidos desde a retomada das terras e das reivindicações por sua demarcação, lideradas pelo cacique Babau.

O relatório descreve, com minúcias, as diversas tentativas de criminalização do líder que, aos 17 de abril de 2008, teve decretada sua primeira prisão. Acusado de promover um motim, em Buerarema/BA, contra o desvio de recursos destinados à saúde, cacique Babau encontrava-se, porém, na capital do estado na ocasião – razão pela qual ficou detido por apenas dois dias no Presídio Ariston Cardoso, em Ilhéus.

Após os fatos e a conquista de notoriedade pela luta por demarcação das terras indígenas dos Tupinambá de Olivença, o cacique Babau foi incluído no Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos da Bahia (PPDDH/BA), por determinação da SDH.

Mas a partir de então, iniciou-se uma série de perseguições policiais e prisões cautelares contra o líder indígena, sob diversos fundamentos. Aos 10 de março de 2010, o cacique Babau foi preso pela segunda vez pela Polícia Federal, na aldeia da Serra do Padeiro, em sua residência e durante a madrugada, pois que era indiciado em seis inquéritos policiais distintos pela suposta prática de ameaça, lesão corporal, tentativa de homicídio, formação de bando ou quadrilha, incêndio e outros crimes.

Dez dias depois, seu irmão, Givaldo Ferreira da Silva, também seria preso (pela acusação de formação de bando ou quadrilha) e, aos 16 de abril de 2010, ambos seriam transferidos da carceragem da Polícia Federal, em Salvador, para a penitenciária de segurança máxima de Mossoró/RN.

Do mesmo modo, sua irmã Glicéria Jesus da Silva foi presa aos 3 de junho daquele ano, enquanto voltava de Brasília, com seu filho de apenas dois meses, após participar da Comissão Nacional de Política Indigenista. Era acusada de participar de uma apreensão de caminhão da Coelba – Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia. Todas as prisões foram revogadas, por decisão do juiz de direito, aos 15 de julho

⁴¹⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos – SDH. Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório da Comissão Especial Tupinambá*. Brasília, 2011. p. 1-90.

de 2010, evitando-se o julgamento dos autos de *habeas corpus*⁴¹⁹ impetrados no tribunal de justiça baiano.

Ainda que arquivados os autos dos inquéritos policiais, por ausência de indícios confirmatórios das imputações feitas, o cacique Babau continuaria a ser demandado para prestar esclarecimentos sobre aqueles.

Assim, após ser convidado pelo presidente da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Arcebispo Dom Raymundo Damasceno Assis, para compor comissão brasileira para participar da canonização de José de Anchieta, no Vaticano, aos 24 de abril de 2014, o cacique foi notificado pela Polícia Federal para devolver o passaporte, um dia após ter conseguido autorização dela para a viagem, pois que havia sido expedida uma ordem de prisão pelo juízo federal da comarca de Ilhéus, tendo por base os inquéritos arquivados.

A defesa técnica repassou as informações ao Ministério da Justiça e foi informada de nova acusação contra o cacique, de ter praticado outro homicídio, com ordem de prisão decretada pelo juízo de Una/BA, datada de 20 de fevereiro de 2014.

Entregando-se espontaneamente à autoridade policial dentro da Câmara dos Deputados, onde participava de uma audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDH sobre a situação das terras indígenas no País, o cacique permaneceu preso em Brasília/DF até a concessão de ordem pelo STJ aos autos de *habeas corpus* impetrados⁴²⁰ – dias após a comitiva ter seguido à Roma e ao Vaticano.

Os conflitos na área permanecem acirrados, principalmente com fazendeiros locais, e não há previsão de regularização da situação de demarcação das terras indígenas, ainda pendente de manifestação do Ministério da Justiça.

4.1.4 Indígenas Terena em Sidrolândia/MS

Os Terena⁴²¹ são um dos povos mais populosos do País e, em especial, do estado do Mato Grosso do Sul: presentes nos grandes centros urbanos e às beiras das estradas, em acampamentos improvisados para a reconquista das terras, os Terena são facilmente

⁴¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Habeas corpus* nº 8.564/2010. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Des^a. Maria Fátima Monteiro Villas Boas. Data do julgamento: 9.set.10. Data da publicação: 20.set.10.

⁴²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 292.982/2014. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Data do julgamento: 29.abr.14. Data da publicação: 2.mai.14.

⁴²¹ Dados etnográficos dos indígenas Kaingang foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/terena>. Acesso 3.mar.2015.

tachados de indígenas integrados à “sociedade nacional”. Porém, resistentes à tentativa de desmobilização de suas reivindicações, mantêm sua identidade étnica preservada e são conhecidos pela habilidade de dialogarem com agentes públicos e políticos em prol de sua luta que, no entanto, nem sempre permanece pacífica.

Povo de língua Aruák e remanescente dos Guaná, os Terena habitam áreas fragmentadas (“ilhas”) dos municípios de Anastácio, Aquidauana, Dois Irmãos do Buriti, Miranda, Nioaque, Rochedo e Sidrolândia, do estado do Mato Grosso do Sul – sendo circundadas por grandes latifúndios e plantações de cana-de-açúcar. Seu isolamento em “ilhas” deve-se, em grande parte, à chegada à região, na década de 1920, do SPI e à construção da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, fatores que, gradativamente, diminuíram suas faixas habitacionais em benefício de novos moradores e fazendeiros.

O contato inicial e pacífico com o SPI deu lugar, aos poucos, à tentativa pelos agentes públicos de modificação radical de sua cultura e costumes, impondo um regime de trabalho agrícola que tornava os Terena fonte de mão-de-obra barata. Com a criação de reservas de trabalhadores, o SPI garantia o funcionamento das indústrias agrícolas que, continuamente, ocupavam a região e, igualmente, a urbanização dos indígenas, segundo o primado da política integracionista.

A medida, porém, não os impediu de manterem traços de sua organização social; antes, a tentativa de integrá-los ao mercado agrícola e à “sociedade nacional” permitiu uma minimização dos efeitos deletérios do contato interétnico, com a sobrevivência do grupo e consolidação de sua presença em diversos espaços simultaneamente.

Após o advento do texto constitucional de 1988, os Terena retomaram a luta pelas terras ainda não demarcadas e pela ampliação das que o Estatuto lhes reservara. Seus reclamos são deslegitimados pelos munícipes, que enxergam nos Terena a completa realização do projeto de integração à “sociedade nacional”. Ademais, vítimas de discriminação por comporem grande parte da população pobre sul-matogrossense, suas reivindicações são facilmente olvidadas e os Terena precisaram, por vezes, valer-se da retomada das terras por conta própria.

Uma das áreas de disputa é a na qual se localiza a fazenda Buriti, no município de Sidrolândia/MS. Em 2001, a Funai confirmou, por estudo antropológico e histórico, tratar-se a região de terras tradicionalmente ocupadas pelos Terena, o que, contudo, não convenceu o juízo federal, de primeira instância, que, em 2004, declarou que aquelas

pertenciam aos produtores rurais, legitimamente. A decisão foi revista pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 2006, reconhecendo o direito originário dos Terena.

Em grau recursal, contudo, os fazendeiros reverteram a decisão do TRF3, em junho de 2012, o que motivou o contra-arrazoado em favor dos indígenas. Pendente de julgamento desde então, os indígenas resolveram ocupar as terras até que a disputa fosse dirimida.

Requerida a desocupação da fazenda Buriti, com auxílio de força policial, aos 31 de maio de 2013, policiais federais e manifestantes entraram em confronto, do qual resultou a morte do indígena Oziel Gabriel, atingido por um disparo de arma de fogo. Dezesete indígenas foram detidos no final da operação, abrindo-se inquérito policial para apurar os fatos, até o momento sem solução.

4.1.5 Indígenas Xukuru, em Serra de Ororubá/PE

Habitantes da Serra do Ororubá, no estado de Pernambuco, os Xukuru são um dos povos que mantém contato com não indígenas no Brasil desde o início de sua chegada, havendo, já no século XVI, relatos de conflitos com portugueses que invadiram suas terras para a constituição das primeiras vilas na região montanhosa⁴²². Desde o Alvará de 25 de junho de 1654, por meio do qual se concedia ao fidalgo João Fernandes Vieira parte das terras ororubaenses, a conflituosidade jamais cessou, mudando apenas de atores à medida que os séculos transcorriam.

Marcados pela religiosidade (sendo o toré o principal ritual sagrado), os Xukuru foram profundamente afetados pela política indigenista pombalina, que incentivava a miscigenação e a formação de vilas na região (sendo a mais conhecida a “Vila de Cimbres”), mas mantiveram, de todo modo, sua identidade étnica e sua persistente luta pela demarcação das terras indígenas.

Apenas em 1989, mais de trezentos anos desde a primeira invasão, os Xukuru tiveram iniciado o processo demarcatório, não, porém, sem perdas significativas: a morte de líderes indígenas e intensas disputas territoriais com fazendeiros e autoridades políticas regionais continuaram até o término do processo administrativo, em 2001, ano em que foi assassinado o líder Xukuru, Chico Quelé. Morto a tiros na região de Pedra D’água (área sagrada para rituais em Pesqueira/PE), Quelé lutava, como os demais, pela

⁴²² Dados etnográficos dos indígenas Xukuru foram coletados pelo Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/xukuru>. Acesso 9.mar.2015.

demarcação das terras da Serra de Ororubá e contra a construção de um santuário religioso nelas, de interesse de fazendeiros locais.

Findo o processo demarcatório a favor dos indígenas, a especulação sobre as terras utilizou-se de novas táticas. Uma delas foi a tentativa de convencimento dos Xukuru para permitirem a construção de um santuário em homenagem à Nossa Senhora das Graças, que teria sido vista no local por duas crianças, setenta anos atrás. O empreendimento atrairia visitantes de todos os pontos e facilitaria a abertura de estradas, hotéis e centros comerciais. Parte dos indígenas concordava com a medida, opondo-se a ela, contudo, Chico Quelé e José Barbosa dos Santos (Zé da Santa), vice-cacique Xukuru, dentre outras lideranças.

Após sua morte, a Polícia Federal encerrou, em quinze dias, sua investigação e concluiu que Zé da Santa teria mandado José Campos da Silva (Dandão) cometer o homicídio de Quelé, pois que a vítima teria descoberto desvio de recursos de um projeto educacional entre os Xukuru e intentava denunciá-lo como autor dessa prática.

Baseando-se no inquérito policial, que ignorou outras hipóteses investigativas ligadas ao conflito de terras e à construção do santuário, o Ministério Público Federal promoveu a ação penal contra Zé da Santa, apesar de ter a 6ª Câmara de Revisão e Coordenação da Procuradoria Geral da República se manifestado, à época, a favor do investigado.

Provou-se, porém, no julgamento realizado no Tribunal do Júri da 28ª Vara Federal da Subseção de Arcoverde, em julho de 2012, que a verba destinada ao projeto era administrada pelo Centro de Cultura Luiz Freire, com sede em Olinda/PE, e que, portanto, não passava pelos indígenas.

Além disso, na fase investigativa foram ouvidos apenas os que eram favoráveis à construção do santuário, contra a qual a vítima lutara, prejudicando-se, assim, a confiabilidade dos indícios e, logo, das provas produzidas. Zé da Santa foi, então, inocentado da imputação de ser mandante do homicídio de Quelé.

Para a defesa técnica, tanto o homicídio de Chico Quelé quanto a acusação de Zé da Santa serviam aos interesses escusos de invasores das terras indígenas, considerando que três anos antes dos fatos, Francisco de Assis Araújo, o cacique Chicão Xukuru, também havia sido assassinado, com seis tiros à queima-roupa, aos 20 de maio de 1998, a mando, segundo a acusação, do fazendeiro José Cordeiro de Santana (“Zé da Riva”) – fatos que deixavam todo o povo Xukuru vulnerável e desmobilizado.

Também em 2003, Marcos Xukuru, cacique e filho de Chicão Xukuru, foi vítima de tentativa de homicídio, sendo mortos, na ocasião dos fatos, dois indígenas que faziam sua segurança pessoal, Josenilson José dos Santos (Nilsinho) e Ademilson Barbosa da Silva (Nilson).

Portanto, além das ameaças à vida das lideranças indígenas, a criminalização é outra estratégia de desmotivação à resistência oferecida pelo povo. A prisão de líderes indígenas desestabiliza as reivindicações, muito embora, para seu cumprimento, seja necessário declarar-se sua integração (assimilação) à “sociedade nacional”, dada a ausência de normatividade sobre a temática, como vemos a seguir.

4.2 A situação prisional dos indígenas brasileiros

Por determinação do artigo 56 do Estatuto do Índio, ao indígena criminalizado deve ser aplicada atenuante de pena, bem como determinado o seu cumprimento, se possível, em regime prisional especial de semiliberdade, em estabelecimento próximo ao posto de atendimento de suas terras e territórios.

Para Guilherme de Souza Nucci, todavia, deve-se ter “cautela” quanto à interpretação do artigo 56 do Estatuto do Índio, pois, para o autor, “[s]ob outro prisma, não vemos sentido algum em aplicar qualquer atenuante ao silvícola considerado integrado. Possuindo plena noção das leis nacionais, não há razão plausível para obter atenuação da pena” (2007, p. 641).

Este é o mesmo entendimento de Ricardo Antonio Andreucci, para quem “(...) a atenuante prevista no artigo em comento somente será aplicada se o índio for considerado isolado ou em vias de integração. Um índio integrado não terá a sua pena atenuada” (2010, p. 273) – e, em relação ao regime especial de semiliberdade, será este aplicado “(...) se o índio for considerado isolado ou em vias de integração, não importa[ndo] a natureza do crime que cometeu. Por mais grave que seja a infração cometida, ele cumprirá pena em regime especial de semiliberdade” (*idem*).

Estas interpretações são adotadas pela jurisprudência majoritária, como vimos, que segue os preceitos da ideologia integracionista (assimilacionista) da legislação ordinária para o reconhecimento ou indeferimento destes direitos subjetivos do indígena criminalizado.

Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

[n]a visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, por inferioridade ética ou mental. A ideologia dominante não consegue entender que os índios pertencem a outra sociedade, cultural e organizativamente diferenciada, de tal forma que o tipo de pena e a forma de seu cumprimento devem também ser diferenciados. E é isto que pretende dizer o Estatuto do Índio, jamais entendido (*in* GRUPIONI, 1992, p. 166-7).

Porém, duas dificuldades são postas para a compreensão de ambos os direitos subjetivos: a primeira delas concerne à sua imprecisão conceitual e, a segunda, ao exato conhecimento sobre sua observância na atualidade.

De fato, o dispositivo legal, sem mencionar o grau de integração como requisito, não esclarece se os direitos subjetivos ali expressos aplicam-se a todos os indígenas criminalizados, independentemente do nível do contato interétnico estabelecido, ou se são aplicáveis apenas aos indígenas “isolados” e aos “em vias de integração”. Muito embora faça referência aos postos de atendimento da Funai, em alusão aos indígenas aldeados, a norma não é clara quanto às circunstâncias em que se deve reconhecer a atenuação de pena ou seu cumprimento em regime especial.

Além disso, a norma não define a natureza do regime prisional de semiliberdade e as regras que deve observar.

Não se confunde com o regime prisional semiaberto, previsto pelo Código Penal vigente (isto é, aquele regime em que a pena é cumprida em estabelecimento penal agrícola, industrial ou similar), mesmo porque há determinação legal de que o seu cumprimento ocorra em local de funcionamento da Funai, mais próximo da habitação do indígena.

A disposição não esclarece, ainda, se o procedimento que se deve adotar para a execução da pena deve seguir aquele previsto pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, ou se deverá seguir regulamentação própria. Não esclarece se a execução da pena será feita diretamente pelos diretores dos postos de atendimento da Funai, nem segundo quais objetivos – se os mesmos do antigo SPI, por exemplo (isto é, de ensino de atividade agrícola ou similar para a integração nacional).

De todo modo, é de se afirmar que, segundo René Ariel Dotti, “[a] experiência tem demonstrado que o encarceramento do indígena é absolutamente desaconselhável pela resistência natural de adaptação ao isolamento celular, fato que provoca depressão que beira o suicídio” (2010, p. 506).

Controverso, também, é o reconhecimento pelo Judiciário do direito à aplicação, pelo povo indígena envolvido, de pena ao acusado que dele for parte, prevista como alternativa encarceradora no artigo 57 do Estatuto do Índio – que, ademais, não esclarece se a pena aplicada pelos indígenas substituiria a pena privativa de liberdade ou se seria secundária e, logo, não afastaria aquela.

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, a aplicação desta norma corresponderia ao respeito à diversidade étnica e cultural almejada pelo texto constitucional, pois que “[a] variedade de sanções corresponde à importância da transgressão e a legitimidade da forma e da sanção não é questionada, porque não deriva de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que as estabelece no processo social, de acordo com as necessidades do grupo” (*in* GRUPIONI, 1992, p. 154). O autor faz, porém, a ressalva de que a terminologia empregada (“tolerância pelo Estado”) revela um “direito envergonhado” por reconhecer usos, costumes e tradições de comunidades indígenas, bem como por reconhecer sua existência em território nacional, o que redundaria num direito indígena encarado como fonte secundária de normatividade (*idem*, p. 155).

Guilherme de Souza Nucci, ao contrário, não compreende a vigência da norma que lhe parece “vazia”, pois, segundo o autor, “(...) os estudiosos do denominado direito penal indígena não apontam sanções ‘civilizadas’, aplicadas pelos silvícolas. Por isso, na sua imensa maioria, serão penas cruéis, infamantes ou até mesmo a morte. Logo, vedadas” (2007, p. 641-642).

Para Ricardo Antonio Andreucci,

(...) partindo da premissa de que a CF [Constituição Federal] reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, temos a tolerância na aplicação, pelos grupos tribais, de sanções penais ou disciplinares contra seus membros. Contudo, não se pode deixar que estas sanções penais ou disciplinares ultrapassem os limites das garantias individuais, não sendo permitidas, portanto, punições de caráter cruel ou infamante, ou pena de morte (2010, p. 273).

Todas estas imprecisões conceituais, aliadas ao reforço do ideal integracionista, tornam os direitos subjetivos dos indígenas criminalizados pouco aplicáveis.

Particularmente quanto à realidade prisional dos indígenas, desconhece-se o número de encarcerados cumprindo pena nos estabelecimentos penais comuns. Em resposta à consulta de acesso à informação formulada à Funai sobre o número de postos de assistência em funcionamento no País e, em quantos deles, encontram-se indígenas cumprindo pena de privação de liberdade, em conformidade ao regime especial do

Estatuto do Índio, fomos informados de que “(...) o art. 56 e seu parágrafo único da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (...) encontram-se em vigor, cabendo sua aplicação ao Juiz da causa”. Quanto aos indígenas presos naqueles estabelecimentos, a Procuradoria Federal Especializada informou que “(...) não possui dados capazes de dirimir a dúvida sobre o quantitativo de cidadãos indígenas que cumprem pena de privação de liberdade nas condições do parágrafo único da Lei nº 6.001/1973”⁴²³⁻⁴²⁴.

Os dados oficiais sobre o encarceramento de indígenas são disponibilizados pelo Sistema de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – o InfoPen Estatística⁴²⁵.

Sendo o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária brasileira, o InfoPen Estatística tem o objetivo de compilar informações importantes aos órgãos públicos, responsáveis pela realização de políticas públicas para o sistema prisional, colhendo-as diretamente das secretarias de administração penitenciária dos estados.

Entretanto, mesmo estes dados carecem de análise qualitativa adequada e isto por várias razões: há uma pluralidade de órgãos envolvidos na coleta das informações prestadas, o que dificulta sua depuração; desconhecem-se os métodos empregados pelos informantes no momento de identificação do preso (se permitem a autoidentificação ou se atribuem, segundo critérios parciais, a etnia de cada um); não se distinguem indígenas condenados e presos cauterlamente; por fim, não se explicitam os tipos penais a que respondem os indígenas presos, condenados e provisórios.

Para Cristhian Teófilo da Silva, “(...) os dados quantitativos do Infopen devem nos interessar menos como registro fidedigno do total de índios presos e mais como dados elucidativos dos usos de classificações étnicas e jurídicas no interior do sistema de produção e administração da informação penitenciária no Brasil” (2009, p. 213). Isso porque há um “(...) uso distorcido das categorias de classificação por cor de pele/etnia para a soma de ‘índios’ e ‘pardos’ presos” (*idem*).

⁴²³ BRASIL. Fundação Nacional do Índio. Sistema de Informação ao Cidadão – SIC/Funai. *Sistema de Acesso à Informação – Pedido* respondido. Protocolo nº 08850.003223/2013-52. Data: 15.fev.2013. Acervo pessoal.

⁴²⁴ A Funai manifestou que pretende realizar o levantamento e identificação dos indígenas presos no País, após verificar o aumento de casos e o desencontro de informações (TALENTO, Aguirre. Funai vai mapear número de índios presos no Brasil. *In*: Folha de S. Paulo. Caderno Poder. Data: 07.out.2014).

⁴²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen). Fonte: <http://www.infopen.gov.br>. Consulta 20.mar.2015.

Segundo João Pacheco de Oliveira Filho, esta categoria de “pardos” serve como um “(...) indicador genérico para a mistura entre diferentes grupos de cor” (1999, p. 134) e “(...) parece não ter outra função do que a de servir como instrumento do discurso de mestiçagem e reunir evidências numéricas que reforcem as suposições ideológicas quanto à tendência ao ‘branqueamento’ progressivo da população brasileira (...)” (*idem*, p. 131).

Aliás, pela análise dos números apresentados em cada relatório resta dúvida se nos semestres que apresentam um maior encarceramento de indígenas, tenham, de fato, ocorrido mais prisões ou se, na verdade, foram identificados como indígenas os presos que anteriormente eram considerados como “pardos”.

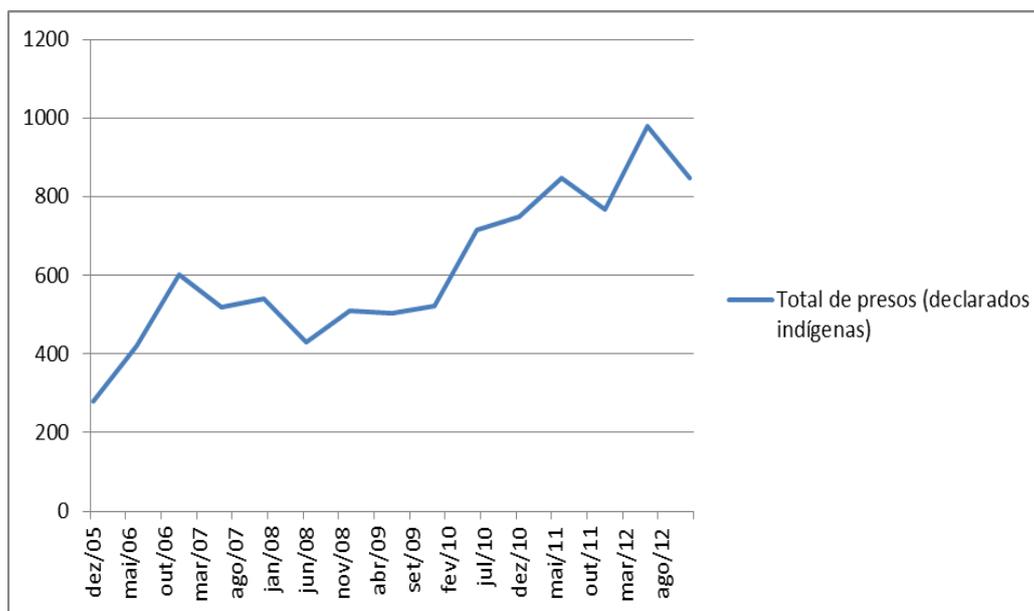
Sendo assim, passamos a análise apenas quantitativa dos presos reconhecidos como indígenas.

Tabela 1.
Total de presos declarados indígenas por semestre

Semestre	Homens presos (declarados indígenas)	Mulheres presas (declaradas indígenas)	Total de presos (declarados indígenas)
Dezembro/2005	264	15	279
Junho/2006	386	36	422
Dezembro/2006	534	68	602
Junho/2007	474	44	518
Dezembro/2007	508	31	539
Junho/2008	401	29	430
Dezembro/2008	475	36	511
Junho/2009	474	31	505
Dezembro/2009	486	35	521
Junho/2010	673	42	715
Dezembro/2010	692	56	748
Junho/2011	786	60	846
Dezembro/2011	708	61	769
Junho/2012	924	55	979
Dezembro/2012	799	48	847

Fonte: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen (disponível em: <http://www.infopen.gov.br>). Consulta 20.mar.2015.

Gráfico 1.
Total de presos declarados indígenas por semestre



Dados: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen (disponível em: <http://www.infopen.gov.br>). Consulta 20.mar.2015.

Até dezembro de 2012, foram constatados 847 indígenas presos no Brasil, tendo o País atingido o pico de 979 indígenas encarcerados (ou identificados como indígenas) no primeiro semestre do mesmo ano.

Reforce-se que em razão da ausência de outras informações correlatas – como a etnia a qual o preso, identificado como indígena, se vincula, se houve ou não procedimento incidental para a atribuição desta identidade, qual o tipo penal em que o preso foi incurso, etc. – não é possível saber em que medida a pena é utilizada como um controle político-jurídico de contenção dos movimentos indígenas (com maior ou menor intensidade de atuação em épocas distintas) e se houve análise, ainda que incidental, da sua identidade étnica.

Contudo, mesmo consideradas as deficiências de precisão das informações colhidas pelo Infopen Estatística, há uma “(...) descaracterização étnica e consequente invisibilização legal dos índios por agentes penitenciários, policiais civis e militares, delegados, procuradores, juízes, secretários de segurança pública, advogados e procuradores da Funai, missionários, ativistas dos direitos indígenas, etc.” (SILVA, 2007, p. 112).

Um quadro que, a despeito de outras críticas, expressa um racismo institucional que visa “(...) destituir os índios de seus direitos pela manipulação de sua indianidade” (SILVA, 2009, p. 214).

4.3 A resistência

As dificuldades impostas aos indígenas para o pleno reconhecimento de sua existência e demandas pelo Estado jurisdicional não esmoreceram suas lutas.

Segundo Beatriz Perrone-Moisés, já a história da legislação indigenista brasileira, desde o período colonial, mostra o movimento pendular de concessão e revogação de seus direitos (*in* CARNEIRO DA CUNHA, 2006, p. 126): reconhecem-se direitos ulteriormente suprimidos pelo discurso de seu desaparecimento ou assimilação aos não indígenas.

No regime colonial, por exemplo, a definição de “índios aliados” ou “bravios inimigos” era condição fundamental para o estabelecimento de leis da Coroa portuguesa mais brandas ou mais severas, não raro, concomitantemente aplicáveis.

No regime republicano, à determinação da soberania dos povos indígenas, num esboço positivista de primeira Constituição, dar-se-ia lugar ao rebaixamento de sua condição como os novos tutelados do Estado em legislação ordinária (regime jurídico vigente até então).

Atualmente, porém, o reconhecimento de direitos originários dos indígenas prescinde do reconhecimento de sua própria existência: policiais, promotores de justiça, defensores, advogados, juízes – todo o aparato estatal ou a seu serviço atribuindo, num contínuo processo, identidades étnicas, dizendo quem é ou não é mais indígena, segundo a suposta integração à “sociedade nacional”.

Como objetos e não sujeitos de direitos, os indígenas enfrentam a árdua tarefa de garantir sua existência digna, num cenário que pouco entende a diversidade humana. Nele, prevalece um índio imagético, arquetípico, cuja natureza, costumes e hábitos são os mesmos de seus antepassados e, seguramente, serão os mesmos dos descendentes.

Categorizados como povos estacionários, primitivos, dóceis ou brutais, os indígenas veem suas identidades étnicas manipuladas pelo Estado para reconhecer ou negar seus direitos, legitimar ou deslegitimar suas reivindicações por aqueles.

A quebra do paradigma integracionista pela Constituição Federal de 1988 não produziu, porém, o sufocamento da prática classificatória: antes, esta continuou a

referendar o cumprimento do ideal de assimilação perseguido por séculos, encontrando assento, na atualidade, na criminalização.

De fato, a responsabilidade criminal de indígenas respalda-se na doutrina e nos julgados penais sob os preceitos da criminologia etiológica, mecanismo por meio do qual torna-se possível idealizar o perfazimento de sua integração, considerando que, pela descrição de algumas circunstâncias provenientes do contato interétnico, almeja-se estender ao indígena sua condição de igual aos não indígenas, ao menos em termos da capacidade de imputação.

Transfigurados etnicamente, os indígenas têm suprimida ou neutralizada suas diversidades social, cultural, política e econômica e todas as lutas aí implicadas, sendo acusados e apenados como os demais por não haver mais distinções numa sociedade, finalmente, homogênea.

Mas a permanência do múltiplo num uno inatingível (CLASTRES, 2004) faz ruir os discursos etnocidas, porque frágeis e incompatíveis com as bandeiras erigidas pelo próprio Estado, que tem a missão de salvaguardar direitos e garantias fundamentais. Se há os que persistem e se identificam como indígenas; se há costumes, crenças e tradições vinculadas às terras imemorialmente habitadas; se há diversidade étnica obstinada na nação que se pretendia unívoca – é preciso que o Estado contemple sua ocorrência e garanta sua perenidade, atrelado que está à sua finalidade protetiva de direitos humanos fundamentais.

É deste modo que o silêncio normativo, o laconismo das agências de reprodução ideológica e a irreflexão do sistema de justiça sobre o adequado tratamento jurídico-penal de indígenas constituem-se em soluções majoritariamente apresentadas para a criminalização. Do contrário, seria preciso reconhecer a falibilidade do Estado, seja em perseguir, num primeiro momento, o ideal de integração, seja, posteriormente, em reconhecer plenamente aquela diversidade étnica.

As lições do evolucionismo social e a aceção generalizante dos indígenas como sobreviventes, entre o estado humano e o animalesco, são, mais que pressupostos teóricos, métodos do julgador. Pela supressão ou neutralização discursiva da diferença étnica é possível a anulação dos sujeitos e direitos aí enquadrados. A mera transformação corriqueira de seus hábitos culturais será lida como a migração de seu estado selvático, embrionário, para o estado de progresso, de evolução. Seus valores, costumes, visão de mundo, procedência – tudo constituirá falhas superadas pelo esclarecimento advindo de seu contato com o outro, com o mundo civilizado.

Um avanço duvidoso, pois o progresso é discutível. No contato com o outro sistema econômico, os índios tornam-se pobres, apesar de donos da terra: vêem objetos que não podem comprar. Experimentam a desigualdade que não existia. Antes consumiam poucos bens, mas os mesmos para todos. Agora, surgem infinitas necessidades. Até para tratamento de saúde ou viagens para a defesa de terras e direitos, há novos gastos.

Diante dos olhos abertos para novas invenções e formas de vida, porém, não há como voltar atrás. É o consumo introduzido na vida tribal onde antes o dinheiro não existia (MINDLIN, 1987: 105).

Ao mesmo tempo, porém, os indígenas jamais ascendem à condição de cidadãos plenos: como “quase” brasileiros, é comum nas relações interétnicas travadas um diálogo marcado por racismo e discriminação, opondo brancos e índios como se fossem diferentes espécies humanas: uma evoluída, a outra, atrasada.

O fenômeno previsto de sua transitoriedade, contudo, não se operou.

A crescente autoidentificação de indígenas demonstra não só o exercício político de manipulação desta identidade, para a legitimidade de suas reivindicações por mais direitos, mas, simultaneamente, o núcleo duro que constitui uma identidade étnica: resistindo às diversas formas de opressão por séculos, os povos indígenas tornam-se parte de uma história inacabada com a invasão europeia no continente americano; estão presentes e orientam-se para o futuro.

Afirmam-se portadores de valores sociais que coexistem aos que se pretendem os únicos válidos, dos quais são excluídos ou sob os quais se justifica a tutela estatal. Em outras palavras, segundo Manuela Carneiro da Cunha, “(...) um direito essencial de um povo é o de poder ser ele próprio” (*in* CIMI, 1982, p. 72).

Resumindo o início do processo de protagonismo político indígena no Brasil, afirmou Stephen Grant Baines:

Os líderes indígenas das diversas sociedades apropriam-se da linguagem dos movimentos políticos indígenas como maneira de apresentarem suas reivindicações políticas, mas subordinam esta linguagem a seus próprios modelos e a dirigem às suas metas políticas locais. Para muitas sociedades indígenas, as organizações políticas abriram espaços para as lideranças aparecerem como atores políticos nas relações interétnicas com a sociedade nacional, espaços políticos em que buscam visibilidade e reconhecimento a partir da politização da sua identidade étnica (*in* PIMENTA e SMILJANIC, 2012, p. 35-36).

Ser indígena é, portanto, ser resistente: obstinar-se em respeitar sua identidade étnica e exigir seu reconhecimento – categoria, aliás, que se ampara, segundo Axel Honneth, sobre três distintos modos intersubjetivos: o amor, a solidariedade e o direito.

Pressupõe o reconhecimento, portanto, a existência de ligações afetivas entre as pessoas (como as observadas entre os grupos familiares), o reconhecimento de nós mesmos como “pessoas” (ente moral), além do reconhecimento jurídico inerente às relações entre nós e os outros (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2006, p. 32-33).

A permanência dos resistentes e sua obstinação na diferença são objetos que intrigam a etnologia e desafiam as relações jurídicas contemporâneas, mas uma possível descrição de seus contornos pode ser encontrada na fala de Isaías, indígena Awá e personagem ficcional do romance “Maíra”, de Darcy Ribeiro, escrito em 1976.

Retirado de seu povo Mairum por missionários católicos e tornado seminarista em Roma, Isaías-Awá retorna para suas terras de origem e enfrenta o descompasso entre a identidade perdida e a forjada, entre o mundo de “caraíbas” e o que lhe pertencia, já desfeito.

Não pode hesitar em vacilar na escolha entre os distintos universos que, embaraçados, confluem na sua identidade dual, senão múltipla. Entretanto, do mundo que lhe impingiram, de seu novo aprendizado religioso e de sua nova visão de mundo, o indígena Mairum tinha por certo apenas um ensinamento:

Este é o único mandato de Deus que me comove todo: o de que cada povo permaneça ele mesmo, com a cara que Ele lhe deu, custe o que custar. Nosso dever, nossa sina, não sei, é resistir, como resistem os judeus, os ciganos, os bascos e tantos mais. Todos inviáveis, mas presentes (...).

No futuro, não sei quando, algum dia, aqueles entre nós, os inviáveis, que sobreviverem, terão sua oportunidade. Para quê? (RIBEIRO, 1983, p. 33)

CONCLUSÃO

Analisando os estudos criminológicos eminentemente etiológicos, bem como a doutrina penal brasileira e a jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal, dos tribunais regionais federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pensamos ter desvelado o exercício de um controle social sobre a diversidade étnica que não invalida as bases sobre as quais se erige o poder de punir do Estado (de cunho etnocida), nem exige uma revolução paradigmática das ciências criminais, voltadas que estão para justificar aquele poder.

Pretendemos demonstrar que, embora superado pelo ordenamento constitucional vigente, o ideal integracionista (assimilacionista) da legislação indigenista está presente no tratamento jurídico-penal de indígenas, servindo o direito penal e os discursos criminológicos que o amparam como instrumentos políticos de sua afirmação.

Ao mesmo tempo em que impedem o reconhecimento de direitos peculiares e dificultam o aprofundamento da análise de sua culpabilidade, comunica-se, pela repressão penal, que não há mais indígenas, pois que integrados à sociedade de Estado.

O reconhecimento de indígenas e de seus direitos originários foi de encontro aos objetivos de constituição de um Estado nacional, no início do regime republicano, o que ensejou a formulação de uma política indigenista assimilacionista (e, portanto, etnocida) que pretendia a sua “progressiva e harmoniosa” integração à “sociedade nacional”, até seu completo desaparecimento.

Atualmente, contudo, perduram as demandas postas por aquele reconhecimento da diversidade étnica que caracteriza o País e, assim, comunicar a transitoriedade de indígenas tornou-se tarefa premente, pois, do contrário, seria preciso declarar, abertamente, não apenas a falência do antigo (mas latente) projeto de integração nacional, como, também, a falibilidade dos ideais republicanos e de respeito à ordem constitucional, assentada em princípios universais do Estado de Direito, como o respeito aos direitos humanos fundamentais, à diferença e à diversidade cultural.

Em outras palavras, se não há índios, não há direitos indígenas.

Determinar quem é e quem não é indígena; dizer quem tem ou não tem amparo por legislação protetiva específica; manipular um precário conceito sobre sua natureza

atemporal e universal (índio arquetípico); atribuir ou não a identidade étnica do outro, segundo parâmetros etnocêntricos e racistas: estas são as funções políticas possibilitadas pelo discurso penal, feito com base na criminologia positivista, e desempenhadas pelas agências do sistema punitivo contemporâneo – processo que intitulamos de *penalidade civilizatória*.

Pela análise dos julgados, em especial, ressaltamos as omissões legislativas e conceituais que prejudicam o exercício da defesa técnica – como a ausência de previsão do laudo antropológico pela legislação processual penal e a indefinição quanto ao conteúdo do termo “disputas”, utilizado pelo inciso XI, do artigo 109, da Constituição Federal, ao delimitar a competência da justiça federal.

A imprescindibilidade de previsão legislativa do laudo antropológico e de sua obrigatoriedade, em se tratando de acusado indígena, vincula-se à necessidade mesma de superação do estereótipo etnocida e racista que marca os povos indígenas e seus membros.

Em geral, nos tribunais de justiça estaduais, requer-se a sua produção, pois que apenas indícios de integração utilizados pelo julgador, além de arbitrários, não são suficientes para compreender o ânimo do agente, sua volição e as circunstâncias de sua conduta. Mesmo porque, “[n]o paradigma da pluriétnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal” (CASTILHO e COSTA, 2009, p. 60).

Ainda, não é possível, nestas circunstâncias, o exercício do contraditório, já que a base de fundamentação do julgador (criminologia etiológica) já está dada como irrefutável. Assim, por exemplo, se o acusado indígena não fala mais sua língua de origem, mas, sim, a língua portuguesa, logo estará integrado à “sociedade nacional” e, portanto, compreenderá plenamente os efeitos de sua conduta e sua reprovabilidade ante a lei penal, merecendo punição. A mera utilização da língua portuguesa é a prova da integração e, para esta, só deve haver uma única direção: a pena.

Não é por outra razão que a arguição da nulidade processual pela não realização de laudo antropológico é a segunda causa de interposição de recursos nos tribunais de justiça estaduais – a primeira, se considerado o fato de que o regime prisional especial, como pleito mais requerido, somente o é por aparecer subsidiariamente aos pedidos principais.

Aliás, em relação aos direitos subjetivos dos indígenas criminalizados, previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio (atenuante de pena e regime prisional especial de

semiliberdade), entendemos que, por não mencionar o grau de integração à “sociedade nacional” como requisito para seu reconhecimento, a determinação legal mencionada deve ser aplicada a todos os indígenas, independentemente de seu “grau de integração” ou domicílio, ainda que a lei faça referência apenas à proximidade aos postos de atendimento da Funai, em alusão aos indígenas aldeados.

Esta orientação do legislador faz apenas ressaltar sua omissão ao tratamento a ser cumprido em relação aos indígenas em contexto urbano, que não são residentes em terras e territórios indígenas. Se não os ignora, demonstra que parte do pressuposto de sua integração e, em termos de uma legislação integracionista (assimilacionista), em descompasso com a Constituição Federal, não fariam eles jus às disposições mais favoráveis da legislação indigenista.

Pela natureza deste instituto de execução penal, o critério de aplicação do regime de semiliberdade não poderia aplicar-se somente aos indígenas aldeados, pois que o direito subjetivo dos condenados aí expresso (de cumprimento de pena em regime prisional menos gravoso) está intrinsecamente vinculado à identidade étnica dos sujeitos de direitos.

O cumprimento de pena, se não feito em estabelecimento da Funai, deveria se dar em estabelecimento correspondente ao de menor rigor em relação ao regime concretamente aplicado, por interpretação analógica.

Não é este, porém, o entendimento majoritário.

A definição de quem é ou não é indígena nos discursos jurídicos impacta o reconhecimento de direitos subjetivos dos indígenas na execução das penas. Em primeiro lugar, pela não aplicação da atenuante de pena e, em segundo, pela imposição de cumprimento desta em estabelecimento penal comum, diverso daquele previsto pelo próprio Estatuto do Índio.

A doutrina jurídica e jurisprudência penal majoritárias conferem a atenuação de pena somente aos indígenas isolados e, em alguns casos, aos indígenas em vias de integração, como vimos, sem, em muitas ocasiões, a produção de laudo antropológico que defina seu grau de adaptação.

No que concerne à análise da culpabilidade, ao afirmar que os indígenas devem ser considerados inimputáveis de acordo com seus graus de integração, a doutrina jurídica repisa todo o arcabouço da criminologia positivista ou etiológica que refuta na sua manualística penal. Possibilita, assim, o exercício de um poder sobre a etnicidade que, simultaneamente, define-lhe os contornos e a própria existência.

Em outras palavras, a doutrina jurídica, representada no sistema jurídico como agências de reprodução ideológica (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 60-61), concretiza, sob o manto de um cientificismo intocado, a criminalização feita segundo argumentos racistas e etnocidas que marcam a legislação tutelar de indígenas no Estado, referendando seu *status* de objetos de direitos e a necessária intervenção sobre sua existência, com o pretenso respaldo de sua tutela.

Esta circunstância demonstra que, embora relegada, por vezes, à condição servil de ciência auxiliar da teoria do delito, a criminologia exerce efetivo controle social informal por meio dos discursos que engendra e, particularmente o seu viés crítico, pode revelar a crise contemporânea da culpabilidade, pois que, após o desenvolvimento das teorias sociológicas das subculturas, ficou claro que não se pode dizer que exista um único conjunto de valores éticos, tutelados pelo Estado e contra os quais alguns poucos (e excepcionais) indivíduos se oporiam, em razão de suas anomalias biopsíquicas.

Antes, para André Nascimento, há uma pluralidade de sistemas de valores coexistentes e a escolha de um ou outro corresponde aos “(...) mecanismos normais de sociabilidade, sob o influxo de fatores sociais estruturais. O direito penal, portanto, não regula a criminalização daqueles valores universalmente considerados imprescindíveis à vida do homem em sociedade” (in BATISTA e NASCIMENTO, 2011, p. 16).

Portanto, a função política desempenhada pela criminalização de indígenas, quando erige como válidos apenas os parâmetros racistas e etiológicos da criminologia positivista, é, em essência, etnocida, pois que visa a comunicar a supressão (pela extinção de sujeitos de direitos) ou a neutralização (por sua assimilação à “sociedade nacional”) da diversidade étnica atualizada nos investigados, acusados ou condenados, além de possibilitar o controle social de indivíduos considerados resistentes à ordem hegemônica.

De tudo isso resulta que, para o indígena, a pena que se lhe impõe e que é nestes termos cominada passa a ser não apenas a privação de sua liberdade, de suspensão ou negação de outros direitos subjetivos: ser considerado “civilizado” torna-se sua maior punição, pois a minoração ou supressão discursiva de sua identidade indígena surte efeitos para além da criminalização do indivíduo, já que tais práticas etnocidas sufocam as reivindicações de todo o povo pela concretização de direitos étnicos, especialmente relativos às terras tradicionais.

Ainda, a criminalização de indígenas, engendrada por tais noções racistas e etiológicas, demarca a pena como o signo batismal de sua introdução na sociedade de Estado: são marcados pelos estigmas de marginalização comuns à população carcerária.

É imprescindível, portanto, que se proceda à revisão da criminalização de indígenas realizada pelas agências do sistema penal atual, pois que

“[u]m saber que pretende programar o poder dos juízes sem incorporar os dados que lhe permitam dispor de um conhecimento correto a respeito do concreto exercício deste poder, nem de sua meta ou de seu objetivo político, tende a redundar em um ente sem sentido (*nicht nützig*)” (ZAFFARONI & BATISTA, 2003, p. 65).

Para conter os impulsos etnocidas de toda formação estatal (CLASTRES, 2004, p. 87), bem como os de autoritarismo do Estado de Polícia, contido este, apenas, pelo modelo de Estado de Direito (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 90), são necessárias reformas não apenas do arcabouço conceitual (criminológico e da teoria do delito) que dão suporte científico à criminalização, mas, principalmente, mudanças legislativas, de interpretação normativa e de compreensão dos julgadores e demais agentes do sistema de justiça sobre o tema.

Sem a pretensão de exaurir as recomendações possíveis, sugerimos, a seguir, uma série de medidas que, pensamos, traduzem as demandas trazidas pelos pleitos defensivos, deduzidos da pesquisa jurisprudencial realizada, e convergem para um tratamento jurídico-penal mais garantista.

Eis o porquê de elegermos a criminologia da libertação como a via metodológica adequada para o desenvolvimento da pesquisa, por seu papel transformador da realidade analisada.

Primeiramente, é necessário superar o evolucionismo social que marca a maior parte dos estudos jurídicos sobre os indígenas. Considerá-los primitivos, retardatários ou não desenvolvidos é método intencional de controle social informal que ratifica o exercício do poder tutelar sobre esses sujeitos de direitos. Não há que se falar em povos civilizados e a civilizar, pois que apenas pelo abandono dessas noções etnocêntricas é que se poderá empreender a revisão dos construtos jurídicos etnocidas, característicos da legislação indigenista infraconstitucional.

Essa superação, no entanto, deve sobrepujar a mera revisão doutrinária sobre a temática, pois que se exige, também, uma profunda transformação cultural dos agentes do sistema de justiça por meio do desapego de concepções racistas sobre a identidade indígena; isto é, requer-se o abandono do índio arquetípico que habita o seu imaginário.

Falar-se em “índios de verdade” como habitantes da selva, que caçam, pescam e coletam e vivem alheios ao “mundo dos brancos” é referendar, tão somente, o marco imagético do evolucionismo social de povos que se organizam, cultural, política, econômica e socialmente de modo diverso das sociedades de Estado capitalistas. Basear atos procedimentais e decisões judiciais sobre tais critérios etnocêntricos é, como expusemos, exercitar um controle social etnocida da diversidade étnica.

A superação dos efeitos deletérios do “mito da Modernidade” (DUSSEL, 1994), porém, exigem medidas jurisprudenciais e legislativas correspondentes.

Entendemos que a manutenção do ideal integracionista do Estatuto do Índio consolida uma política indigenista etnocida e, portanto, incompatível com o Estado de Direito, devendo ser declarados inconstitucionais os dispositivos que lhe dão suporte.

Em primeiro lugar, por sua não recepção pela Constituição Federal, dada a incompatibilidade de orientação paradigmática. Em segundo, pelo fato de o ideal integracionista habilitar uma função penal latente, em que se criminalizam indígenas conforme o entendimento do julgador sobre seu “grau de integração” à “sociedade nacional”. Amplia-se, sem controle legal do poder punitivo, o arbítrio das decisões judiciais, proferidas segundo uma visão etnocêntrica e racista de superação ou não da identidade étnica do outro.

É necessária, também, uma revisão da interpretação constitucional dada, majoritariamente, ao inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal, que determina ser de competência da justiça federal o processamento e julgamento de causas relativas às disputas por direitos indígenas.

Limitando a expressão às hipóteses de questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras já demarcadas, a jurisprudência majoritária nega que os crimes cometidos ou sofridos por indígenas, individualmente, sejam considerados casos de disputas sobre seus direitos – entendimento, como visto, sumulado pelo STJ.

Deve-se ressaltar, porém, que à época de formulação da Súmula nº 140 (4 de abril de 1995), o País ainda não havia ratificado e promulgado a C169, da OIT, internalizada no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, o que faz com que seu teor esteja em descompasso com tratado internacional de direitos humanos.

Ademais, segundo Roberto Lemos dos Santos Filho, somada à vigência da convenção internacional mencionada, pesa em favor da revisão da súmula o oscilante posicionamento do STF sobre o tema, “(...) devendo qualquer causa envolvendo

indígenas ou suas comunidades ser processada e julgada pela Justiça Federal” (in VILLARES, 2011, p.102-103).

Entendemos, também, ser pertinente o reconhecimento de que direitos indígenas não são apenas aqueles descritos no *caput* do artigo 231 da Constituição Federal, pois que a C169, da OIT, aumenta o rol de direitos com força constitucional, partindo da tese segundo a qual os tratados de direitos humanos, ratificados e promulgados pelo País, compõem o denominado “bloco de constitucionalidade” por serem eles a *ratio essendi* do Estado de Direito (CANOTILHO, 1993, p. 18).

A C169, da OIT, deve ser considerada norma materialmente constitucional que compõe o rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal, que não é exaustivo, por força de seu §2º (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 174).

Para além das alterações interpretativas sugeridas, são imprescindíveis reformas legislativas, a menos em nível processual.

Não entendemos ser prudente a determinação apriorística do tratamento penal de investigados ou acusados indígenas, pois que apenas a casuística é que determinará a incidência de um ou outro instituto já previsto pela legislação penal. É possível que um indígena seja considerado inimputável, se menor de dezoito anos ou se afetado por transtorno mental, à luz do que preceitua o artigo 26 do Código Penal; o que não se pode dizer é que o seja por ser indígena, tão somente. Do mesmo modo, pode ser que o indígena entenda o caráter ilícito da sua conduta, mas seja inexigível comportamento diverso, em razão de sua cultura. Aliás, a conduta pode, ainda, ser considerada atípica ou, em determinadas hipóteses, ser atingida pelos efeitos do erro de proibição.

Em resumo, não há que se adotar uma ou outra posição, na teoria do delito, em relação aos indígenas e aplicá-la indistintamente a todos os indivíduos apenas em razão de sua identidade étnica, sem que se faça, antes, um exame concreto de quem ele seja e do que represente sua conduta, sem que se aprofunde a interrelação de sua conduta com a disputa sobre os direitos indígenas, nem sobre o nível de conflituosidade como um todo.

A busca por um critério único de tratamento penal de indígenas conduz ao equívoco de considerá-los todos iguais, em todas as circunstâncias – o que revigora o índio arquetípico que se pretende abandonar.

Não se pode negar, porém, o meritório esforço daqueles que, pretendendo superar o paradigma etiológico que impõe a inimputabilidade como a via adequada de análise de sua culpabilidade, sugerem que esta, em relação ao indígena, seja averiguada

sob os elementos de potencial consciência da ilicitude ou de inexigibilidade de conduta diversa. Fazemos, contudo, a ressalva do perigo de sua predeterminação taxativa.

Por outro lado, é de se notar que o Código de Processo Penal não dispõe de instrumentos processuais que permitam adequado tratamento procedimental quando da investigação ou acusação de indígenas.

Deste modo, entendemos ser importante que haja o reconhecimento de indígenas desde o início do processo criminal, permitindo a intervenção de órgãos pertinentes à sua defesa.

Assim, no momento de averiguação das circunstâncias pessoais, sociais e econômicas do indiciado, bem como de sua motivação para a prática do crime e de outros elementos que contribuam para a apreciação de seu ânimo antes, durante e depois de praticá-lo, deveria a autoridade policial proceder à sua identificação como indígena e, se possível, identificar o povo ao qual se vincula.

Nesta hipótese, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União deveriam ser notificados, quando o crime ocorrer em terra indígena demarcada ou em processo de demarcação e, em qualquer hipótese, o órgão de assistência federal dos indígenas. Tal medida, segundo pensamos, auxiliaria na identificação dos casos de criminalização dos indígenas em virtude de disputa sobre seus direitos e, de todo modo, contribuiria para intervenção mais célere dos órgãos judiciais competentes para defesa de interesses e direitos de indígenas criminalizados.

A identificação primeira do indiciado como indígena, bem como do povo ao qual se vincula, poderia ser realizada tanto pela autoridade policial como pelo próprio indiciado, sendo posteriormente objeto de análise em laudo antropológico, produzido por requerimento do Ministério Público, do defensor ou do órgão de assistência federal dos indígenas ou, ainda, por determinação, de ofício, do juízo.

Entendemos que a competência para processamento e julgamento de crimes que envolvam indígenas como autores ou vítimas deveria ser fixada na justiça federal, dada a interpretação teleológica e sistemática a ser feita da expressão “disputas sobre direitos indígenas”, constante no inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal, evitando-se, assim, o reforço do ideal integracionista que julga os indígenas precariamente a partir de seu contato interétnico.

Ademais, é imprescindível a previsão legislativa do laudo pericial antropológico, evitando-se decisões judiciais arbitrárias sobre a identidade étnica dos acusados. O juiz ordenaria, de ofício, representado pela autoridade que presidiu o inquérito policial ou a

requerimento do Ministério Público, do defensor ou do órgão de assistência federal dos indígenas a produção do laudo, no caso de o investigado ou acusado ser identificado ou se identificar como indígena. O juiz determinaria a suspensão do processo, se iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que pudessem ser prejudicadas pelo adiamento.

O laudo antropológico seria elaborado por perito, nomeado pelo juiz, e conteria a qualificação do investigado ou acusado e a etnia a qual se vincula, circunstâncias pessoais, sociais, econômicas e culturais provenientes de contato interétnico, local de sua habitação, circunstâncias do crime e seu grau de reprovabilidade social segundo os usos, costumes e tradições do povo indígena interessado, bem como se houve punição aplicada pelo povo. Sua falta constituiria nulidade processual.

O interrogatório e a qualificação de acusado indígena deveriam ser realizados na presença de antropólogo nomeado pelo juiz, que, preferencialmente, tivesse produzido o laudo antropológico correspondente, ou por representante do órgão de assistência federal dos indígenas. O interrogado que não soubesse a língua nacional oficial ou não tivesse dela pleno domínio ou tivesse, ainda, dificuldade em sua compreensão deveria ser assistido, durante a qualificação e interrogatório, por intérprete de sua língua materna.

Na decretação de prisão cautelar, deveriam ser remetidas cópias integrais dos autos ao órgão de assistência federal dos indígenas, ao Ministério Público Federal e à Defensoria Pública da União, notadamente na hipótese de ter o crime ocorrido em terra indígena demarcada ou em processo de demarcação. Ainda, poderia ser previsto entre as medidas cautelares substitutivas da prisão o reconhecimento de usos, costumes e tradições próprias do povo indígena.

Sobre o encarceramento, a existência de indígenas no sistema prisional comum é um indício de que a essa população não foi aplicado o cumprimento de pena em regime especial de semiliberdade. Sugerimos, portanto, que o instituto de indulto seja aplicado, declarando-se indultados os que tiverem cumprido determinado lapso temporal da pena privativa de liberdade imposta em estabelecimentos penais comuns, pois que a terão cumprido em regime prisional mais gravoso. A extinção da pena ou sua progressão deveria dar-se, portanto, em menos tempo.

Entendemos que estas sugestões não são exaustivas e certamente devem merecer reparos diretamente de indígenas interessados, de suas associações e organizações próprias, de agentes do sistema de justiça penal e de órgãos governamentais e não governamentais representativos de interesses dos povos indígenas, pois apenas uma

ampla consulta sobre a reforma legislativa pode conduzir ao fim da política indigenista etnocida.

Por fim – e sobretudo – os indígenas devem ser considerados sujeitos de direitos, respeitados em sua integralidade, e, em razão disso, todas as decisões judiciais devem estar amparadas por fatos reais, concretos, aprofundando-se ao máximo a compreensão sobre seu contato interétnico, sua influência em seu comportamento e desígnios; sobre o contexto em que se deram os fatos delituosos, o nível de conflituosidade e a observância ou não às formas diferentes de coexistência, por ser esta, mais que um princípio, uma premente medida da convivência humana fraterna.

REFERÊNCIAS

Obras básicas consultadas

- ABREU, Aurélio M.G. de. *Culturas indígenas do Brasil*. São Paulo: Traço, 1987.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ALMEIDA, Silvio. Divagações. In: *O Estado de S. Paulo*. Caderno: 12.out.1908 (Fonte: Arquivo do Estado de São Paulo).
- ALTAVILLA, Enrico. Um novo projeto de código criminal brasileiro. In: *Revista Forense*. v. LXXX, Ano XXXVI. Rio de Janeiro: Papelaria Record LTDA, p. 260-267.
- ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ASSIS RIBEIRO, C. J. *História do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Zélio Valverde, 1943.
- BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- _____. ; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral – I*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOÉTIE, Étienne de la. *Discurso de la servidumbre voluntaria*. Trad. Pedro Lomba. Madrid: Trotta, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagens Presidenciais (1890 – 1910)*. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 1978.

_____. Câmara dos Deputados. *Discursos de liberdade (1983/1984): discursos e projetos de lei apresentados pelo deputado Mário Juruna*. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 1984.

_____. Câmara dos Deputados. *Discursos de liberdade II (1985-1986): discursos proferidos pelo deputado Mário Juruna*. Brasília: Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações, 1986.

_____. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. v. 2. Brasília: CNV, 2014.

_____. Comitê Estadual de Direito à Verdade, à Memória e à Justiça do Amazonas. *A ditadura militar e o genocídio do povo Waimiri-Atroari: “por que kamnã matou kiña?”*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2014.

_____. Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. *Introdução ao relatório do Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio – Vol. I*. Rio de Janeiro: Serviço de Informações e Divulgação, 1912.

_____. Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. *Relatório do Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio*. Rio de Janeiro: Serviço de Informações e Divulgação, 1912.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos – SDH. Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. *Relatório da Comissão Especial Tupinambá*. Brasília, SDH, 2011.

_____. Senado Federal. *Diário do Congresso Nacional – Seção II – Ano XXVII*, nº 102. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 1972, p. 3.243-3.244.

_____. Senado Feral. Projeto de Lei iniciado no Senado – PLS nº 216, de 2008. Ementa: *Altera o art. 56 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, para estabelecer critérios de imputabilidade de índios*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2008.

_____. Senado Feral. Projeto de Lei do Senado Federal – PLS nº 156, de 2009. Ementa: *Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2008.

_____. Senado Feral. Projeto de Lei iniciado no Senado – PLS nº 236, de 2012. Ementa: *Reforma do Código Penal Brasileiro*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2008.

_____. Senado Federal. *Relatório final da Comissão de Juristas criada nos termos do RQS nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo Requerimento nº 1.034, de 2011, do Senador José Sarney, destinada a elaborar anteprojeto de Código Penal*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 2012.

BRITO, Lemos. *O crime e os criminosos na literatura brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1946.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes de. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral. Vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do Índio – ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CASTEJÓN, Federico (org.). *Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio – Trabajos preparatórios, ponencias, debates y acuerdos del II Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino – São Paulo, Brasil, 19-25 Enero 1955*. Madrid: Cultura Hispanica, 1956.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de.; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O projeto de lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. *In: Revista de informação legislativa*. v. 46. nº. 183, p. 55-66. Brasília: Senado Federal, 2009.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. *In: Revista Jurídica*. n. 316 (fev.2004). p. 82-97.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – parte geral*. Florianópolis: Conceito, 2012.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

_____. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO (CPI). *Índios: Direitos Históricos*. Cadernos da Comissão Pró-Índio nº. III. São Paulo, 1982.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Outros 500: construindo uma nova história*. São Paulo: Salesiana, 2001.

_____. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2010*. Brasília: CIMI, 2011.

_____. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2013*. Brasília: CIMI, 2014.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. A antropologia criminal no Brasil nas obras de Cândido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. v. 41. Ano 11 (janeiro-março de 2003). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179-205.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Curso básico de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA JR., Paulo José da. *Código penal comentado*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: Jus Podium, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu; DANTAS, Beatriz Góis. *Terra dos índios Xocó: estudos e documentos*. São Paulo: [s/ed], 1980.

DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil*. Trad. Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: UMSA – Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación Plural Editores, 1994.
- ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia, ciência e mudança social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.
- ESTEFAM, André. *Direito penal 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRI, Enrico. *Studi sulla criminalità ed altri saggi*. Torino: Fratelli Bocca, 1901.
- _____. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.
- FILHO, Lacerda; PEIXOTO, Rodrigues. Contribuições para o estudo anthropologico das raças indígenas do Brazil. In: *Arquivos do Museu Nacional do Rio de Janeiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Museu Nacional do Rio de Janeiro, 1876, p. 47-75.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – Vol. I, Tomo II: arts. 11 ao 27*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *O índio brasileiro e a revolução francesa – as origens brasileiras da teoria da bondade natural*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1937.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala – tomo I*. 14ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a repressão penal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

GARZÓN, Biviany Rojas (Org.) *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

GONZAGA, João Bernardino. *O Direito penal indígena: à época do Descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s.d.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.) *Índios no Brasil*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Org. Richard Tuck. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HORTA BARBOSA, Luís Bueno. *O problema indígena do Brasil*. Publicação nº. 88 da “Comissão Rondon”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 2º. (Arts. 11 a 27)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ISA – Instituto Socioambiental. *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

JENNINGS, Francis. *The invasion of America: indians, colonialism and the cant of conquest*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1975.

JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda (Orgs.) *Legislação Penal especial. Vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JURUNA, Mário; HOHLFELDT, Antonio; HOFFMANN, Assis. *O gravador do Juruna*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

KOERNER, Andrei (Org.). *História da Justiça Penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

- LACERDA, Rosane. *Os povos indígenas e a Constituinte – 1987/1988*. Brasília: CIMI, 2008.
- LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. Trad. Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2009.
- LEÃO, Laurindo. *Estudos de philosophia do direito: 1ª parte – Introdução ao estudo das sciencias do direito*. Recife: Imprensa Industrial, 1904.
- _____. A questão da responsabilidade. In: *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*. Ano XXI. Pernambuco: Imprensa Industrial, 1913, p. 3-66.
- LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de código penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). In: *Revista Liberdades – edição especial – Reforma do código penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2012.
- LINS, Ivan. *História do Positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.
- LOUREIRO, Osman. *A reforma penal no Brasil*. Maceió: Casa Ramalho, 1955.
- LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.
- MACHADO, Alcântara. O projeto do código criminal perante a crítica. In: *Revista Forense*. v. LXXX, Ano XXXVI. Rio de Janeiro: Papelaria Record LTDA, p. 290-317.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A culpabilidade no direito penal contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARTIUS, Carlos Frederico von. *O Direito entre os indigenas do Brasil*. Trad. Amaral Gurgel. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, [1938?].
- MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- MAXWELL, Kenneth. *Marquês de Pombal: paradoxo do Iluminismo*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- MENDES JR., João. *Os indigenas do Brazil: seus direitos individuaes e politicos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.

- _____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio: Livro I*. Trad. Sérgio Milliet. Coleção *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1972.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- NIZZA DA SILVA, Maria Beatriz (org.). *Nova História da Expansão Portuguesa: O Império Luso-Brasileiro (1750-1822)*. Portugal: Estampa, 1986.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: Vol. I (Introdução e Parte Geral)*. São Paulo: Saraiva, 1959.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Guilherme Percival de. *Estados afetivos e imputabilidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Editora Unesp, Brasília: Paralelo 15, 2006.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua Criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzshon. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- OTÁVIO, Rodrigo. *Os selvagens americanos perante o Direito*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral – doutrina e jurisprudência – Vol. I*. São Paulo: Método, 2008.
- PEIXOTO, Rodrigues. Novos estudos craniológicos sobre os botocudos. In: *Arquivos do Museu Nacional do Rio de Janeiro: Vol. 6*. Rio de Janeiro: Museu Nacional do Rio de Janeiro, 1885, p. 205-256.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil – Projecto apresentado ao Governo pelo Desembargador Virgilio de Sá Pereira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. *Visões do cárcere*. Porto Alegre: Editora Zouk, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA, José; SMILJANIC, Maria Inês (Orgs.). *Etnologia indígena e indigenismo*. Brasília: Positiva, 2012.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. São Paulo: Unesp, 2011.

PREZIA, Benedito. *Marçal Guarani: a voz que não pode ser esquecida*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Jurisdição penal indígena. In: *Boletim IBCCRIM*. Ano 23. nº 266. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. p. 8-9.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000. p. 246.

_____. *Cuestiones y Horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Vol. 66. Ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1928.

_____. Vol. 694. Ano 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Vol. 746. Ano 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Vol. 775. Ano 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Vol. 787. Ano 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Vol. 797. Ano 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Índio é índio. In: *Boletim IBCCRIM* – Ano 18, n. 222. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 9.

RIBEIRO, Darcy. *Maíra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

_____. *Os índios e a civilização: a integração dos povos indígenas no Brasil moderno*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

RIBEIRO, João. *História do Brasil: Curso superior*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1935.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal – curso completo: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROBERT, Philippe. *Sociologia do crime*. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007.

RODRIGUES, José Honório. *Teoria da História do Brasil (Introdução Metodológica)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil: com um estudo do Professor Afrânio Peixoto*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROQUETTE-PINTO, E. *Rondonia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.

SÁ, Geraldo Ribeiro de. *A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade*. Juiz de Fora: Editora da Universidade Federal de Juiz de Fora, 1996.

SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do Direito*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: SENAC, 2000.

SANTILLI, Marcos. *Àre*. São Paulo: Sver & Boccato Editores Ltda., 1987.

SANTOS, Silvio Coelho dos (Org.). *O índio perante o direito*. Florianópolis: UFSC, 1982.

SCHMIDT, Max. *Estudos de Etnologia Brasileira – Peripécias de uma viagem entre 1900 e 1901. Seus resultados etnológicos*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

SIQUEIRA, José Prudente. *A imputabilidade e a responsabilidade criminais*. Rio de Janeiro: Jacynto, 1938.

SILVA, Cristhian Teófilo da.; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BAINES, Stephen Grant (Orgs.). *Problemáticas sociais para sociedades plurais: políticas indigenistas, sociais e de desenvolvimento em perspectiva comparada*. São Paulo: Annablume; Distrito Federal: FAP-DF, 2009.

_____. *The astonishing resilience: ethnic and legal invisibility of Indigenes from a Brazilian perspective*. Vibrant, 2007. v. 4. n. 2. p. 97-115.

SIQUEIRA, José Prudente. O problema da imputabilidade no Projeto Alcantara Machado. *In: Revista Forense*. Vol. LXXX, Ano XXXVI. Rio de Janeiro: Papelaria Record LTDA, p. 276-289.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. (Org.). *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988.

TALENTO, Aguirre. Funai vai mapear número de índios presos no Brasil. *In: Folha de S. Paulo*. Caderno Poder. Data: 07.out.2014.

TAVARES, Juarez (Coord.). *Revista da EMERJ – v. 15, n. 60*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

VAREJÃO, Marcela. João Vieira de Araújo (1844-1923): paradigmas italianos na Faculdade de Direito do Recife e um “comentário antecipado” à legislação penal em 1901. *In: Revista Jurídica*. v. 16, nº. 1. Campinas: PUCcamp, 2000, p. 69-96.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Orgs.) *Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

VIANNA, Oliveira. *Povos Meridionaes do Brasil: História, organização, psicologia*. 1º Vol. *Povos ruraes do Centro-sul: paulistas, fluminenses, mineiros*. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

VILLAS BÔAS, Orlando. *Orlando Villas Bôas: história e causos*. São Paulo: FTD, 2005.

_____ ; VILLAS BÔAS, Cláudio. *Xingu: os índios, seus mitos*. São Paulo: Círculo do Livro, 1970.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (org.). *Orlando Villas Bôas: expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues. *In: Anais do Forum Internacional de direito penal comparado: comemoração dos 380 anos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*. Salvador: TJB, 1989. p. 285-308.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ ; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

Legislação consultada

Código Civil – Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

Código Penal – Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

_____ – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____ – Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (Parte Geral).

Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Consolidação das Leis Penais – Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

Constituição da República Federativa do Brasil, de janeiro de 1967.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988.

Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais – Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio da Organização das Nações Unidas – Decreto 30.822, de 06 de maio de 1952.

Decreto do Poder Legislativo nº. 5.484, de 27 de junho de 1928.

Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Páginas da Internet consultadas

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Censo 2010. Dados sobre os povos indígenas. <http://indigenas.ibge.gov.br/>.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen). <http://www.infopen.gov.br>.

_____. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Grupo de Trabalho – Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar. *Relatório Figueiredo*. <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/#&panel1-3>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça do Acre. <http://www.tjac.jus.br>.

_____. Tribunal de Justiça do Alagoas. <http://www.tjal.jus.br>.

- _____. Tribunal de Justiça do Amapá. <http://www.tjap.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Amazonas. <http://www.tjam.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça da Bahia. <http://www.tjba.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Ceará. <http://www.tjce.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. <http://www.tjdft.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. <http://www.tjes.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Goiás. <http://www.tjgo.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Maranhão. <http://www.tjma.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. <http://www.tjmt.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. <http://www.tjms.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. <http://www.tjmg.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Pará. <http://www.tjpa.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça da Paraíba. <http://www.tjpb.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Paraná. <http://www.tjpr.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Pernambuco. <http://www.tjpe.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Piauí. <http://www.tjpi.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. <http://www.tjrj.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. <http://www.tjrn.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. <http://www.tjrs.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça de Rondônia. <http://www.tjro.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça de Roraima. <http://www.tjrr.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. <http://www.tjsc.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo. <http://www.tjsp.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Sergipe. <http://www.tjse.jus.br>.
- _____. Tribunal de Justiça do Tocantins. <http://www.tjto.jus.br>.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. <http://www.trf1.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. <http://www.trf2.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. <http://www.trf3.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. <http://www.trf4.jus.br>.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. <http://www.trf5.jus.br>.

ISA – Instituto Socioambiental. <http://pib.socioambiental.org/>.

ANEXOS

FORMULÁRIO PARA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Fonte de pesquisa			
TJ Tribunal de Justiça	TRF Tribunal Regional Federal	STJ Superior Tribunal de Justiça	STF Supremo Tribunal Federal
Estado:		Região:	

Peça processual analisada								
Agravos em Execução	Apelação	Conflito de competência	Embargos	Habeas Corpus	Mandado de Segurança	Recurso em Sentido Estrito	Recurso Extraordinário	Revisão Criminal
Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº

Dados processuais					
Recorrente/Paciente					
Recorrido/ Coator					
Órgão Julgador					
Data da decisão		Data de publicação		Data da análise	
Fonte:					

Dados relacionados à acusação e defesa técnica						
Indígena	Etnia:				Réu	Vítima
Crime imputado		Doloso	Culposo	Tentado	Consumado	
Circunstâncias do crime						
Pedido da defesa			Pedido da acusação			
Decisão						

Análise da culpabilidade do paciente ou recorrente				
Critério utilizado	Imputabilidade	Consciência potencial da ilicitude	Inexigibilidade de conduta diversa	
Grau de integração	Isolado	Em vias de integração	Integrado	
Identidade indígena	Laudo antropológico			
Circunstância do contato interétnico				
Termos recorrentes				
Estatuto do Índio	Atenuante de pena (art. 56, caput)	Regime especial de semiliberdade (art. 56 §1º)	Aplicação de sanções penais pelo grupo (art. 57)	Crimes contra indígenas (art. 58 e 59)
Jurisprudência/doutrina				

Observações finais

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO NORTE

Tabela 2				
Peças processuais analisadas (Tribunais de Justiça da Região Norte)				
UF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
AC	Ap. 2.778-0/09 Ap. 2.801-2/09		HC 4.685-2/09 HC 1.044-02/13 HC 1.032-85/13 HC 2.120-4/08	
AP	Ap. 2.078-28/13			
PA		Des. 13.695/13	HC 11.670-4/12	
RO	Ap. 68.661/04 Ap. 206.866-56/04		HC 92.477/03 HC 5.172-85/10 HC 5.051-52/13 HC 1.418-38/10	RESE 54.765-43/02 RESE 8.129/10
RR	Ap. 428-3/10 Ap. 207-9/11 Ap. 38-2/09 Ap. 331-9/10 Ap. 37.732/02 Ap. 646-4/10 Ap. 374-5/11 Ap. 257-2/11			
TO	Ap. 3.970/09		HC 3.971/14 HC 5.820-85/14	
28 casos	14 casos	1 caso	11 casos	2 casos

Tabela 3						
Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Tribunais de Justiça da Região Norte)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AC		Ap. 2778/09 Ap. 2801/09	HC 2120/08 HC 4685/09			
AP		Ap. 2078/13				
PA			HC 11670/12			
RO	RESE 54765/02 HC 92477/03	Ap. 206866/04	HC 1418/10	HC 5051/13	RESE 8129/10 RESE 54765/02 Ap. 68661/04	RESE 54765/02 HC 5172/10
RR		Ap. 207/11 Ap. 331/10 Ap. 428/10		Ap. 257/11 Ap. 331/10 Ap. 646/10	Ap. 38/09 Ap. 428/10 Ap. 374/11	Ap. 37732/02
TO				HC 397/14 HC 5820/14	Ap. 3970/09	
31 (total)	2 ocorrências	7 ocorrências	4 ocorrências	6 ocorrências	7 ocorrências	3 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO NORDESTE

Tabela 4				
Peças processuais analisadas (Tribunais de Justiça da Região Nordeste)				
UF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
AL	Ap. 538/09			
BA	Ap. 58/03		HC 36.557/07 HC 315.424/12	
MA	Ap. 26.452/05 Ap. 16.175/99 Ap. 11.339/08 Ap. 16.661/99 Ap. 25.366/05 Ap. 33.438/11 Ap. 15.066/01 Ap. 824.320/01 Ap. 645.220/05			
PE	Ap. 92.655/03 Ap. 193.681/10 Ap. 138.287/11 Ap. 225.870/12 Ap. 112.110/05 Ap. 214.622/12		HC 304.934/13 HC 60.325/00 HC 211.820/10	
RN	Ap. 8.607/08			
25 casos	20 casos	--	5 casos	--

Tabela 5						
Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Tribunais de Justiça da Região Nordeste)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AL				Ap. 538/09		
BA	HC 36.557/07	Ap. 58/03		Ap. 58/03 HC 315.424/12		
MA	Ap. 16.661/99 Ap. 15.066/01 Ap. 16.175/99 Ap. 8.243/01 Ap. 645.220/05	Ap. 16.661/99 Ap. 8.243/01 Ap. 26.452/05 Ap. 11.339/08		Ap. 26.452/05 Ap. 16.175/99 Ap. 11.339/08 Ap. 16.661/99 Ap. 25.366/05 Ap. 15.066/01	Ap. 26.452/05	Ap. 33.438/11
PE		HC 60.325/00 Ap. 138.287/11 Ap. 214.622/12 HC 304.934/13		Ap. 193.681/10 Ap. 138.287/11 Ap. 225.870/12 Ap. 112.110/05 HC 304.934/13 HC 211.820/10		Ap. 92.655/03
RN				Ap. 8.607/08	Ap. 8.607/08	
		9 ocorrências	--			2 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO CENTRO-OESTE

Tabela 6 Peças processuais analisadas (Tribunais de Justiça da Região Centro-Oeste)								
UF	Recurso de apelação	Ação Revisional	Agravo em Execução	CC	IncDes.	Habeas corpus	MS	Recurso em sentido estrito
DF	Ap 703584/85					HC 449587/87 HC 456587/87 HC 447687/87		
GO	Ap. 35131/07					HC 22830/04 HC 32728/13 HC 29636/09		
MT	Ap. 16845/09 Ap. 97.811/09				IncDes 125503/1 2	HC 112592/08 HC 11927/05 HC 34025/02 HC 46270/08 HC 72411/11 HC 32301/12 HC 10389/05 HC 4833/00 HC 23179/02 HC 31032/04 HC 37773/05		RESE 22588/10 RESE 31775/11 RESE 37820/05 RESE 13018/02
MS	Ap. 12550/06 Ap 2961/08 Ap 20291/11 Ap. 26559/08 Ap. 31.253/09 Ap. 8.909/04 Ap 29266/04 Ap. 5359/01 Ap. 3003/07 Ap. 22938/07 Ap. 37068/08 Ap. 1001/09 Ap. 6066/09 Ap. 20012/09 Ap. 32764/09 Ap. 21762/08 Ap. 4/10 Ap. 11024/10 Ap. 17419/05 Ap. 14012/08 Ap. 6552/01 Ap. 14.887/08 Ap. 7.304/09 Ap. 16685/09 Ap. 29472/09 Ap. 19022/10 Ap. 2630/11 Ap. 17955/11 Ap. 14006/08 Ap. 27720/07 Ap. 10704/05 Ap. 12398/04 Ap.8600/04 Ap. 2902/10	Rev. 23570/11	AgEx. 10.379/06 AgEx 12031/10	CC 3552 8/10		HC 34694/08 HC 27.251/10 HC 6.293/08 HC 34700/08 HC 27018/06 HC 25932/08 HC 25925/08 HC 16043/07 HC 3098/08 HC 8248/06 HC 9917/12	MS 6172/13 MS 4155/13	RESE 5374/01 RESE 4366/04 RESE 3065/06 RESE 11588/03 RESE 746/11 RESE 34603/08 RESE 7375/01 RESE 16017/05
86	39 casos	1 caso	2 casos	1 caso	1 caso	28 casos	2 casos	12 casos

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

REGIÃO CENTRO-OESTE

Tabela 7 Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Tribunais de Justiça da Região Centro-Oeste)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
DF				HC 449587/87 HC 456587/87 HC 447687/87		Ap 703584/85
GO			HC 32728/13		HC 22830/04	HC 29636/09 Ap. 35131/07
MT	IncDes 125503/12 RESE 37820/05		HC 23179/02 RESE 13018/02 HC 31032/04 HC 37773/05	HC 72411/11 Ap. 16845/09 HC 32301/12 Ap. 97.811/09 HC 10389/05 HC 4833/00	HC 112592/08 HC 11927/05 HC 34025/02 HC 46270/08 RESE 22588/10 RESE 31775/11	
MS	HC 9.917/12 CC 35.528/10 Ap. 14.012/08 HC 8.248/06 Ap. 17.419/05 RESE 16.017/05 RESE 7.375/01	Ap. 8.600/04 Ap.12.398/04 Ap. 10704/05 Ap. 27.720/07 Ap. 14.006/08 Ap. 17.955/11 Ap. 2.630/11 Ap. 19.022/10 Ap. 29.472/09 Ap. 16.685/09 Ap. 7.304/09 Ap. 14.887/08 Ap. 6.552/01	Ap. 2902/10 Ap. 31.253/09	AgEx. 21790/10 AgEx. 12031/10 HC 16.043/07 HC 25.925/08 HC 25.932/08 Ap. 26.559/08 HC 27.018/06 Ap. 20.291/11 HC 34.700/08 Ap. 29.621/08 AgEx. 10379/06 HC 6.293/08 HC 27.251/10 Ap. 12.550/06 HC 34.694/08	Ap. 11.024/10 Ap. 4/10 HC 3.098/08 Ap. 21.762/08 Ap. 32.764/09 Ap. 20.012/09 Ap. 6.066/09 Ap. 1.001/09 Ap. 37.068/08 Ap. 22.938/07 Ap. 3.003/07 Ap. 5.359/01 Ap. 29.266/04 Rev. 23.570/11 RESE 34603/08 RESE 746/11 RESE 11588/03 RESE 3065/06 RESE 4.366/04 MS 4.155/13 RESE 5.374/01 MS 6172/13 Ap. 8.909/04	
78 (total)	9 ocorrências	13 ocorrências	7 ocorrências	24 ocorrências	30 ocorrências	3 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO SUDESTE

Tabela 8 Peças processuais analisadas (Tribunais de Justiça da Região Sudeste)					
UF	Recurso de apelação	Agravo em Execução	<i>Habeas corpus</i>	Ação revisional	Recurso em sentido estrito
ES			HC 37.270/06		
MG	Ap. 357.610/07	AgEx. 9341/13			RESE 348032/00
SP	Ap. 154.136/10 Ap. 27.069/10 Ap. 436.526/10		HC 569.516/10 HC 410.606/00 HC 446.893/10	Rev. 149449/11	
11 casos	4 casos	1 caso	4 casos	1 caso	1 caso

Tabela 9 Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Tribunais de Justiça da Região Sudeste)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
ES	HC 37.720/06					
MG	RESE 348032/00			AgEx. 9341/13		Ap. 357.610/07
SP			HC 446.893/10	HC 569.516/10 HC 410.606/00 Ap. 27.069/10 Ap. 436.526/10	Rev. 149449/11 Ap. 154.136/10	
11 (total)	2 ocorrências	--	1 ocorrência	5 ocorrências	2 ocorrências	1 ocorrência

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO SUL

Tabela 10					
Peças processuais analisadas (Tribunais de Justiça da Região Sul)					
UF	Agravo em execução	Recurso de apelação	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito	Recurso <i>ex officio</i>
PR		Ap. 431.484-7 Ap. 322.956-7 Ap. 329.435-1 Ap. 630.700-6	HC 100.229-7 HC 135.796-2 HC 212.091-6	RESE 481.804-4 RESE 80.391-0 RESE 143.145 RESE 92.978-8 RESE 306-076-4 RESE 882.428-8 RESE 126.641-3 RESE 133.057-2	RexOf 313.024
RS	AgEx 261.156	Ap. 78.897 Ap. 579.356 Ap. 218.563 Ap. 368.583 Ap. 888.044 Ap. 678.967 Ap. 460.953 Ap. 82.525 Ap. 657.099 Ap. 807.807	HC 200.291 HC 608.796 HC 610.484 HC 295.333 HC 154.885 HC 879.750 HC 55.055 HC 254.419		
SC		Ap. 4.686-3 Ap. 52.257-6 Ap. 55.821-0 Ap. 26.621-9 Ap. 697-4 Ap. 70.627-1 Ap. 2.890-0 Ap. 3.035-2 Ap. 21.310-1 Ap. 5.160-8 Ap. 631-0 Ap. 34.401-9 Ap. 97.271-2 Ap. 26.496-8 Ap. 13.123-2 Ap. 45.307-2 Ap. 60.232-0 Ap. 62.670-8 Ap. 37.477-8 Ap. 86.669-7	HC 11.441-6 HC 148-0 HC 86.040-6	RESE 2.264-3 RESE 8.618 RESE 62.879-9 RESE 4.375-1 RESE 135-1 RESE 21.590-2 RESE 22.927-2	
65 casos	1 caso	34 casos	14 casos	15 casos	1 caso

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

REGIÃO SUL

Tabela 11 Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Tribunais de Justiça da Região Sul)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
PR	Ap. 329.435-1 Ap. 322.956-7 RESE 143.145-0 RESE 126.641-3 RESE 133.057-2	Ap. 630.700-6 HC 212.091-6		RexOf 313.024 HC 135.796-2 RESE 143.145	HC 100.229-7 RESE 92.978-8 RESE 306.076 RESE 143.145 RESE 882.428 RESE 80.391-0 Ap. 431.484-7 Ap. 322.956-7 Ap. 329.435-1	RESE 481.804-4 RESE 80.391-0 HC 100.229-7 RESE 92.978-8
RS	Ap. 368.583 Ap. 888.044 Ap. 678.967 HC 200.291 HC 608.796 HC 610.484 HC 295.333 HC 154.885	AgEx 261.156 Ap. 460.953 HC 879.750	HC 254.419 Ap. 807.807		Ap. 78.897 Ap. 579.356 Ap. 218.563	Ap. 82.525 Ap. 657.099 HC 55.055
SC	Ap. 21.310-1 Ap. 5.160-8 Ap. 631-0 Ap. 34.401-9 Ap. 97.271-2 Ap. 26.496-8 Ap. 52.257-6 Ap. 13.123-2 Ap. 45.307-2 Ap. 60.232-0 HC 148-0 RESE 2.264-3 RESE 4.375-1 RESE 135-1 RESE 21.590-2 RESE 22.927-2		Ap. 37.477-8 Ap. 86.669-7	HC 11.441-6	RESE 2.264-3 RESE 8.618 RESE 62.879-9 Ap. 4.686-3 Ap. 52.257-6 Ap. 26.496-8 Ap. 55.821-0 Ap. 26.621-9 Ap. 697-4 Ap. 70.627-1 Ap. 2.890-0 Ap. 3.035-2	Ap. 52.257-6 Ap. 62.670-8 HC 86.040-6
77 (total)	29 ocorrências	5 ocorrências	4 ocorrências	4 ocorrências	25 ocorrências	10 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Tabela 12				
Peças processuais analisadas (Tribunais Regionais Federais)				
TRF	Recurso de apelação	Incidente de desaforamento	<i>Habeas corpus</i>	Recurso em sentido estrito
1ª Região	Ap. 1010/03 Ap. 49.688/01		HC 17.109/03 HC 55.226/12 HC 55.226/12	RESE 2.875/00
2ª Região				RESE 53.000/02
3ª Região	Ap. 55.328/12		HC 46.201/98 HC 6.958/98	RESE 927/98 RESE 2.444/00 RESE 3.111/02
4ª Região	Ap. 216/06 Ap. 1.818/04 Ap. 8.674/06 Ap. 4.103/03 Ap. 4.104/03 Ap. 4.056/07 Ap. 2.704/09 Ap. 30.716/93		HC 19.397/12 HC 22.081/99	RESE 1.108/03 RESE 2.788/06
5ª Região	Ap. 8.114/12 Ap. 9.546/13 Ap. 8.928/13 Ap. 8.838/13 Ap. 10822/14 Ap. 5.802/09 Ap. 5.995/11 Ap. 6.224/11 Ap. 6.953/11 Ap. 5.818/09		HC 1.658/03	RESE 1.344/10
37 casos	21 casos	--	8 casos	8 casos

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Tabela 13 Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Tribunais Regionais Federais)						
TRF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
1ª Região	RESE 2.875/00	Ap. 49.688/01		Ap. 49.688/01	HC 17.109/03 HC 55.226/12 Ap. 1010/03	
2ª Região	RESE 53.000/02					
3ª Região	HC 46.201/98 HC 6.958/98 RESE 2.444/00 RESE 3.111/02 RESE 6.287/10	Ap. 55.328/12				RESE 927/98
4ª Região	RESE 2.788/06	Ap. 30.716/93	HC 19.397/12 HC 22.081/99	Ap. 30716/93	Ap. 216/06 Ap. 1.242/01 Ap. 1.818/04 Ap. 8.674/06 Ap. 4.103/03 Ap. 4.104/03 Ap. 4.056/07 Ap. 2.704/09 RESE 1.108/03	
5ª Região	RESE 1.344/10 HC 1.658/03	Ap. 8.114/12 Ap. 9.546/13 Ap. 8.928/13 Ap. 8.838/13 Ap. 10822/14 Ap. 5.995/11 Ap. 6.224/11 Ap. 6.953/11 Ap. 5.818/09		Ap. 5.802/09		
40 (total)	10 ocorrências	12 ocorrências	2 ocorrências	3 ocorrências	12 ocorrências	1 ocorrência

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

**ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Tabela 14					
Peças processuais analisadas (Superior Tribunal de Justiça)					
UF	Agravo em Recurso Especial	Incidente de conflito de competência	<i>Habeas corpus</i>	Mandado de segurança	Recurso especial
AC		CC 21.794	HC 87.422		
AM		CC 93.120		MS 30.675	
BA			HC 124.827 HC 55.792		
ES			HC 24.732		
MA		CC 8.733-3	HC 30.113 HC 22.834 HC 30.113 HC 25.003 HC 9.511		Resp 792.256
MT		CC 6.419-8 CC 43.413 CC 39.389			
MS		CC 29.093 CC 43.328 CC 30.022 CC 93.000	HC 88.853 HC 243.794 HC 35.227 HC 9.856 HC 65.898 HC 88.853		
MG		CC 21.968			
PA			HC 9.403		
PR		CC 101.569 CC 35.073			
PE	AgResp 136.948		HC 124.622 HC 34.683		
RS		CC 35.489	HC 32.214 HC 33.392 HC 9.826		
RO		CC 99.406 CC 43.155			
RR			HC 5.359-30		
SC		CC 52.194			Resp 1.129.6637
TO		CC 37.665 CC 33.303 CC 123.016			
46 casos	1 agravo regimental	20 incidentes de conflito de competência	22 <i>habeas corpus</i>	1 mandado de segurança	2 recursos especiais

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Tabela 15 Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Superior Tribunal de Justiça)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AC	HC 87.422 CC 21.794					
AM	CC 93.120					MS 30.675
BA	HC 124.827 HC 55.792					
ES	HC 24.732					
MA	HC 9.511 CC 8.733-3	HC 30.113 HC 22.834		HC 22.834 HC 30.113	HC 25.003	Resp 792.256
MT	CC 6.419-8 CC 43.413 CC 39.389					
MS	HC 35.227 HC 9.856 HC 65.898 CC 29.093 CC 43.328 CC 30.022 CC 93.000	HC 88.853		HC 88.853	HC 243.794	
MG	CC 21.968					
PA					HC 9.403	
PR	CC 101.569 CC 35.073					
PE	HC 34.683	AgResp 136.948		HC 124.622 AgResp 136.948		
RS	HC 32.214 HC 33.392 HC 9.826 CC 35.489					
RO	CC 99.406 CC 43.155					
RR					HC 5.359-30	
SC	CC 52.194				Resp 1.129.637	
TO	CC 37.665 CC 33.303 CC 123.016					
48 (total)	32 ocorrências	4 ocorrências	--	5 ocorrências	5 ocorrências	2 ocorrências

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tabela 16				
Peças processuais analisadas (Supremo Tribunal Federal)				
UF	Recurso extraordinário	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	<i>Habeas corpus</i>	Mandado de segurança
AP		AgRegAI 496.653/05		
MA			HC 84.308/05 HC 85.198/05	
MT			HC 81.827/02	
MS	Rex. 263.010/00		HC 71.835/95	
MG			HC 64.476/86	
PA			HC 79.530/99	
PE			HC 85.737/06	
PR	Rex 419.528/06			
RR	Rex 351.487/06			
SP			HC 45.349/69	
12 casos	3 casos	1 caso	8 casos	--

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Tabela 17 Pleitos defensivos mencionados nos julgados (Supremo Tribunal Federal)						
UF	Competência	Direitos dos acusados indígenas			Perícia	Procurador Federal Especializado
		Atenuante	Liberdade provisória	Regime prisional		
AP	AgRegAI 496.653/05					
MA					HC 84.308/05 HC 85.198/05	
MT	HC 81.827/02					
MS	HC 71.835/95 Rex. 263.010/00					
MG					HC 64.476/86	
PA					HC 79.530/99	
PE	HC 85.737/06					
PR	Rex 419.528/06					
RR	Rex 351.487/06					
SP					HC 45.349/69	
12 (total)	7 ocorrências	--	--	--	5 ocorrências	--

* Informações completas sobre os julgados encontram-se no Capítulo III.

Imagem 4

DECLARAÇÃO DE ATAYDE PEREIRA DOS SANTOSÀ 6ª INSPETORIA DO SPI

0 007 117.09

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA - SERVIÇO GERAL DE PROMOÇÃO E AGRICULTURA

DECLARAÇÃO

1742

EU, ATAYDE PEREIRA DOS SANTOS, brasileiro, residente nesta capital, de livre e espontânea vontade, compareci a 6ª. Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios, na presença do Sr. José Baptista Ferreira Filho, chefe da Inspeção, declarei fatos que se relacionam com a expedição levada a efeito com a finalidade de matar os índios chamados Cinta Larga, que desta expedição resultou a morte de vários índios, mortos a tiros, quando estes estavam no trabalho de fazerem suas moradias, a margem do Rio Aripunã.

Que ainda no regresso da viagem que empreendemos atrás dos que conseguiram escapar, encontramos uma índia e um menino índio, que também foram mortos, a mulher foi lhe amarradas as pernas e cortada ao meio por facão, e o menino atirado na cabeça.

A expedição teve como guia e responsável pelo serviço o indivíduo de nome CHICO LUIZ, e mais 4 (quatro) companheiros de nomes, MANOEL, RAMIRO e RODRIGUES.

Durou a expedição cerca de cinquenta e tantos dias, que, durante a viagem nos foi jogados alimentos e munições, pelo avião tipo Cessna 190, de cor azul, pilotado por um judeu de nome Tonato ou Donato,

Declarando ainda, que a expedição foi organizada pelo Seringalista Antonio Junqueira, que contratou os serviços dos componentes da expedição,

Que as armas usadas foram, pistola calibre 45, revólveres e metralhadoras.

Em cumprimento as ordens recebidas, fiquei encarregado de matar o Capitão, o que foi feito e o Chico Luiz, metralhou outros índios sendo acompanhados pelos demais.

Colocando-me ao dispor das autoridades para maior esclarecimento.

Atayde Pereira dos Santos
Assinatura do Sr. José Baptista Ferreira Filho

Cuiabá 7/Dezembro/963

Legenda: Microfilme 235_01786: Declaração de Atayde Pereira dos Santos à 6ª Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios [1963]. (Fonte: Acervo do MUSEU DO ÍNDIO).

Imagem 5

CARTA DOS INDÍGENAS TENHARIM AO MINISTRO DA JUSTIÇA

Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Nós Comunidades Indígenas Tenharim da Terra Indígena Marmelo, Região Sul do Amazonas, viemos através deste documento, assinado pelas lideranças e seus integrantes, solicitar prioridade no julgamento do Habeas Corpus que trata sobre a liberdade de nos caciques e lideranças espirituais.

Primeiro queremos dizer que não somos culpados pelo morte dos três não-índios encontrados enterrados em nossas terras, segundo os noticiários da imprensa. Os corpos foram encontrados aqui na nossa terra, e dizem as pessoas que nos acusam, mas quem garante que foi realmente isso, quem garante que os corpos não foram introduzidos na nossa casa pelas pessoas que nos odeiam? Que pessoas estranhas, estranhas e maldosas colocaram os corpos para nos incriminar? Porque vocês autoridades competentes não param um pouco para refletir e ver o nosso lado da história? O fato real da situação que está acontecendo. Na nossa cultura, a nossa terra por ser tão sagrada, somente nós, de nós e filhos daqui podemos ser enterrados aqui, jamais um corpo estranho que não é daqui. Levando em conta a nossa antropologia, vocês tem o dever de ver isso e enxergar a injustiça que estamos sofrendo.

A acusação que é feita contra as lideranças nossa é mais um ataque dos grupos que tem interesse

querem nos destruir, para usufruir de nossas
 riquezas, para isso, atacam nossas lideranças e
 caciques para nos enfraquecer politicamente e espi-
 ritualmente, exatamente como está acontecendo, estamos
 sem Cacique Geral, sem lideranças Espirituais, sem
 Bone da Festa, sem rituais e Cerimônias. Enquanto as
 nossas lideranças e caciques estão presos por uma coisa
 que não cometeram, os comboios de caminhões com
 madeiras retiradas de nossas terras passam todos os
 dias pelas nossas aldeias, nossas crianças e jovens
 estão morrendo por causa de doenças e até morte.
 por Juicídio está acontecendo, coisa que nunca na
 história de nosso povo aconteceu, três mortes em ape-
 nas uma (1) semana ocorreu, nossos velhinhos que
 são nossos maiores tesouros já não comem mais de
 tanta preocupação, outros pensam em morrer do que
 ficar sem direção política e Espiritual que estamos
 por causa da ausência dos 5 Tenharis, não conse-
 guimos mais aguentar essa injustiça, todo mundo tem
 direito de responder Processo em liberdade, nossos
 parentes também são cidadãos brasileiros, estão sendo
 vítimas de Preconceitos, pois só isso explica o
 descaso com o nosso pedido de liberdade deles.
 Nossos lideranças são inocentes, enquanto a Justiça
 e a sociedade persegue nossas lideranças e nosso
 povo, os verdadeiros responsáveis pelo acontecido
 deve estar vindo de todos nós, pois estão nos fa-
 zendo de palhaçadas, de bobos.

Senhor ministro, por favor, estamos pedindo
 socorro, pois a situação piorou muito após período
 da Festa Mbotawa que passou (Julho e Agosto), pois
 não realizamos esse ano por causa da ausência do
 dono da Festa 2014, Demicino Tenharin e do Cacique
 Geral dos Tenharin Gilvan Tenharin, ambos estão
 presos desde o dia 30 de Janeiro do decorrente ano
 para conhecimento de Vossa Excelência, a Festa Mbotawa
 para nós tenharin, pode ser comparada a Páscoa para
 os Cristãos. Imagine os Cristãos sem sua Páscoa em 2015.
 Eles também irão adoecer, ficar em dívida com seus
 próprios espíritos, desorientados, sem direção. A nossa
 Festa Mbotawa, para nós tem um grande significado
 na verdade, o modo de ser, de pensar e agir está
 fundado neste grande Ritual, que marca a própria
 vida do povo Tenharin, nessa festa é lembrado e cele-
 brado a memória dos nossos antepassados e a
 nossa organização política do Povo, nas metades do
 Mutum-Nagwera e Kwandú-Tarawé, nela aguardamos
 a Proteção do nosso Povo e Pedimos mais Proteção
 para o ano seguinte, a Mbotawa é que dá sentido
 ao nosso ser, ao viver e ao pensar, principalmen-
 te ao estar no mundo. A não realização da nossa
 Festa traz maldição e desequilíbrio ao nosso Povo,
 mortes e epidemias de doenças, comprovadas com
 três mortes e epidemias de doenças que está aconte-
 cendo nas nossas aldeias. Um espírito mal está
 rondando nossas aldeias, muitas coisas ruins já
 estão acontecendo pela não realização de nossa Festa.

Excelência, nós Povo Indígena Tenharin ainda mantemos a esperança de realizar a nossa Festa ainda neste Ano de 2014, para nos livrar de todo os males, assim como vocês Cristãos, já estão sonhando com a Páscoa de vocês.

Desde já obrigada.

Terra Indígena Tenharin, Humaitá.
Am, 14 de Outubro de 2014.

Imagem 6
OFÍCIO DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA
DA COMARCA DE EIRUNEPÉ/AM

 PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ – AM.	PR-AM-00001880/2014 ✓ J
<p>OFÍCIO Nº 102/2014 GAB Eirunepé - AM, 11/03/2014</p> <p>Ao Ilustríssimo Senhor Procurador da República. Júlio José Araújo Junior</p> <p>Assunto: Prestação de informações referentes ao Ofício 189/2014/5º. OFÍCIO CÍVEL/PR/AM. PR-AM-00006374/2014</p> <p style="text-align: center;">Senhor Procurador,</p> <p>Cumprimentando-o, cordialmente, passo a prestar as informações solicitadas conforme Ofício nº 189/2014/5º OFÍCIO CÍVEL/PR/AM, proveniente dos fatos desencadeados pela edição da portaria nº. 02/2014.</p> <p>Cumpre-me informar-lhe inicialmente que a intenção deste Magistrado sempre foi sedimentada na necessidade latente de proteção do indivíduo, assim como garantir os desígnios da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em seus artigos I, II e III.</p> <p>O Estatuto do Índio de 1973, em seu artigo 58, III é claro em constituir como crime a venda de bebida alcoólica para índios não integrados. Salienta-se que o cerne da portaria nº. 02/2014 não é a proibir a permanência do índio na sede do Município de Eirunepé, e sim impedir que eles passem a consumir em demasia o álcool. Quando os índios chegam à sede do Município de Eirunepé para receberem os benefícios do Governo Federal, estes se tornam reféns de sua própria</p>	



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
 JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ – AM.

“cabeça azul”, nome dado ao álcool comum são demasiadamente grande, o que faz com que o auxílio governamental seja utilizado única e exclusivamente para degradar a situação humana em que se encontram.

É público e notório que as duas etnias, os Kanamaris e kulina, ao adentrarem na Cidade, invadem o patrimônio particular de forma violenta e indiscriminada de maneira a tornar o choque cultural ainda mais latente. Os Índios não conhecem o idioma ou comungam da cultura branca e o mais temerário aflora a violência nos indivíduos de maneira a fazê-los praticarem crimes bárbaros em si e contra os cidadãos da Cidade. Invadem comércios locais em busca da famigerada bebida, gastam o benefício recebido única e exclusivamente com álcool, desvirtuando a essência do auxílio federal.

O que assola o Indígena na Região do Município de Eirunepé são o descaso e o abandono com que se encontram. A prova disto são os inúmeros processos criminais tramitando no Juízo Estadual da Comarca de Eirunepé. Em uma busca rápida no sistema ProJud encontram-se os seguintes processos: CRIMINAL: 0000204-90.2014.8.04.4100, 0000024-74.2014.8.04.4100, 0000422-21.2014.8.04.4100 - HOMICÍDIO: 0000424-88.2014.8.04.4100, 0001487-5.2013.8.04.4100, 0001569-19.2013.8.04.4100, 0001601-24.2013.8.04.4100-ESTUPRO DE VULNERÁVEL: 0002540-04.2013.8.04.4100-HOMICIDIO: 0003517-93.2013.8.04.4100, 0003533-47.2013.8.04.4100-LESÃO: 0003736-09.2013.8.04.4100-HOMICÍDIO: 0003740-46.2013.8.04.4100, 0002702-96.2013.8.04.4100 - HOMICIDIO - TENTATIVA: 0003533-47.2013.8.04.4100 - LESÃO: 0003708-41.2013.8.04.4100.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ – AM.

Qualquer ser humano que se depare com as condições de penúria e degradação a que se encontram os índios não deixaria passar despercebido tal acontecimento sem que tomar uma atitude.

Este Magistrado entende que em verdade a finalidade da portaria acabou por ser desvirtuada, uma vez que o intuito sempre foi o de resguardar o ordem pública no Município e dos indígenas.

Uma vez que em Eirunepé não possui Juízo Federal, a própria Lei garante o acesso à justiça por intermédio da Justiça Estadual. A inércia no trato com o assunto é geral e completo, pois o Governo Municipal permanece omissa a problemática, o Ministério Público Estadual, até a presente data não se manifestou acerca do assunto e a FUNAI por sua vez, prefere entender que o caso é de segurança pública e não indigenista.

Como um desabafo, tenho que a preocupação da FUNAI e de Instituições Federais é com a atitude deste Magistrado, que trava no Município uma luta sem pares na defesa da comunidade e não com a situação que tende a tomar proporções maiores do que o ocorrido no Município de Humaitá, onde o choque de culturas e interesses escusos culminou no assassinato de três homens brancos e a localização de covas com mais de 40 corpos, isto segundo informações da Polícia Federal.

Melhor é pecar pelo excesso do que pecar pela omissão, de forma que deixar os acontecimentos de embates entre culturas no Município de Eirunepé sem que sejam tomadas providências imediatas, é permitir que o preconceito e segregação étnica tomem conta de uma população indignada.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ – AM.

A repercussão popular da portaria nº. 02/2014 na Comarca de Eirunepé foi positiva e elogiada, contudo, o que se entende que o mesmo não se pode dizer da FUNAI, que prefere varrer o problema para baixo do tapete, a efetivar um programa de valorização do povo indígena de modo a garantir seus direitos constitucionais.

Este Magistrado já teve contato com trabalhos da FUNAI no Município de Tabatinga, quando de sua passagem como Juiz Titular daquela Comarca em 1996 e recentemente em 2012 na condição de Juiz Eleitoral e pode afirmar que o trabalho desempenhado naquele Município é infinitamente melhor executado, pois lá, a FUNAI designou para os trabalhos um Sertanista e Indigenista, conhecedor dos costumes, língua e necessidades culturais. Deixei a comarca com a sensação de alívio e contentamento, muito diferente do que acontece em Eirunepé, onde o representante da FUNAI permite que o índio absorva negativamente não a cultura, mais os ranços da civilização branca. Aos que gritam, é dada a garantia de serem ouvidos, de forma que permanecer mudo a condição em que os índios vivem no Município deveria ser objeto de investigação por parte do Governo Federal.

Mata-se e morre-se no Município de Eirunepé pela barbárie digna da idade média, ao ponto de um índio da etnia kulina ceifar a vida de sua esposa com golpes de fio elétrico e em sua audiência, deixar claro que ele sequer compreendia a gravidade de seus atos. Não se pode traduzir ao pé da letra atos e efeitos para a línguas de culturas tão diferentes e peculiares, de maneira que a própria defesa do indivíduo fica deveras impraticável. Em resumo, atualmente o contato estreito entre povos têm se dado nas dependências de uma Delegacia de Polícia. É desta forma que os indígenas vêm sendo assistido na Comarca de Eirunepé pela FUNAI.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS
JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE EIRUNEPÉ - AM.

Com profundo descontentamento com a forma que foi divulgada a Portaria nº02/2014, em que se entendeu o ato como uma imposição de um déspota e não como uma tentativa de ordenamento, de forma que diante dos fatos, outro caminho não há, senão revogação imediata da portaria nº. 02/2014, assim como seus efeitos.

Que o Governo Federal e Instituições competentes na questão indígena carreguem o pesado fardo da omissão.

Por fim, dou a questão por finda, esperando que as presentes informações sirvam-lhe de auxílio para o deslinde da questão.

Renovo os votos de apreço e consideração.

LEONEY FIGLIUOLO HARRAQUIAN

Juiz de Direito



Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição
Abril, 2015.